

UNIVERSIDADE DE LISBOA

Faculdade de Direito

Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais

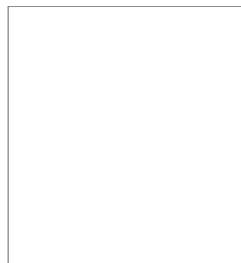


**IMUNIDADES PARLAMENTARES: ESSÊNCIA
JUSTIFICADORA**

RICARDO ARTECHE HAMILTON

Lisboa/PT

2016



Ricardo Arteche Hamilton

Imunidades Parlamentares: Essência Justificadora

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais

Tese apresentada ao Curso de Mestrado Científico em Ciências Jurídico Criminais da Faculdade de Direito da universidade de Lisboa como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Criminais.

Orientadora: Prof. Doutora Maria Fernanda Palma

Lisboa/PT

Abril de 2016

Universidade de Lisboa
Faculdade de Direito
Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais

Ricardo Arteche Hamilton

Imunidades Parlamentares: Essência Justificadora

Tese apresentada ao Curso de Mestrado Científico em Ciências Jurídico Criminais da Faculdade de Direito da universidade de Lisboa como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Criminais.

Lisboa, 15 de abril de 2016.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Doutora Maria Fernanda Palma.
Orientadora.

RESUMO

Hamilton, Ricardo Arteché. **Imunidades Parlamentares: Essência Justificadora**. Lisboa, 2016. Tese de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa.

A busca da essência justificadora das Imunidades Parlamentares foi o propósito do presente trabalho. Para tanto, buscou-se, por meio do enfrentamento de temas sensíveis ao instituto, buscar suas origens, suas fundamentações, seus princípios e seus objetivos, os quais, quando da criação, deram alma ao instituto. No decorrer do trabalho, após o enfrentamento, tanto no âmbito interno de cada país examinado, quanto na esfera internacional, das imunidades, foram enfrentadas as variações temporais e de conteúdo do instituto, com análise crítica a respeito das causas e consequências dessas variações, quer no âmbito político, quer na teoria própria dos elementos do tipo penal. Ao final, como consequência lógica de todo esse enfrentamento, trouxe-se uma releitura das imunidades parlamentares, dando conta, não só da alteração de sua essência legitimadora, como, da necessidade de manutenção desta, com tais alterações, a fim de justificar a existência do instituto, buscando, como tal, a atividade legislativa como norte.

Palavras-chave

Imunidades; parlamentares; essência; justificadora; princípios; objetivos; político; penal; atividade; legislativa.

Abstract

Hamilton, Ricardo Arteché. Parliamentary Immunity: Justifying Essence. Lisboa, 2016. Master's thesis. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

The search for the essence justifying Parliamentary Immunities was the purpose of this work. Therefore, it sought through the coping sensitive issues to the institute, to seek its origins, its foundations, its principles and objectives, which, when setting gave soul to the institute. During the work, after the confrontation, both within each country examined, as in the international sphere, the immunities, the timing and content of the institute variations, with critical analysis about the causes and consequences of these changes were faced either in the political realm or in the very theory of the criminal type elements. Finally, as a logical consequence of all this confrontation brought to a reinterpretation of parliamentary immunities, taking account not only the change of its legitimating essence, as the requirement for this, with such changes in order to justify the existence the institute, seeking, as such, the legislative activity as north.

Keywords

Immunities; parliamentarians; essence; justifying; principles; goals; political; criminal; activity; legislative.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	08
CAPÍTULO I – Imunidades.....	12
1. Imunidades no âmbito internacional.....	12
1.1. Apanhado histórico.....	13
1.2. Tratados a respeito.....	14
1.2.1. Tratado de Roma	15
1.2.2. Tratado de San José da Costa Rica.....	16
1.2.3. Conselho da Europa.....	20
1.2.4. Parlamento Europeu.....	30
1.2.5. Caso Pinochet como paradigma.....	42
2. Imunidades no âmbito interno.....	59
2.1. Imunidades parlamentares.....	60
2.2. Apanhado histórico.....	61
2. França e Reino Unido. Regimes paradigmáticos.....	64
3. Influências e interligações entre as duas esferas.....	66
CAPÍTULO II – Princípios norteadores das imunidades parlamentares.....	67
1. Princípios no Reino Unido.....	67
2. Princípios na França.....	79
3. Princípios em Portugal.....	86
4. Princípios no Brasil.....	95
5. Fundamentos gerais resultantes.....	106
Capítulo III – Classificação das imunidades parlamentares em uma perspectiva dogmática.....	109
1. Non-liability.....	109
2. Inviolability.....	117
3. A interface entre ambas.....	121
4. Influências na teoria do crime.....	124
4.1. Criminalidade convencional.....	124
4.2. O problema da etiologia do crime.....	125
4.3. O problema metodológico das imunidades parlamentares.....	127

4.4. Bem jurídico.....	129
4.5. Antijuridicidade.....	131
5. Imunidades parlamentares como condições de punibilidade ou de procedibilidade.....	135
5.1. A atipicidade e as condições de punibilidade.....	141
 Capítulo IV – A independência parlamentar e o controle das imunidades parlamentares.....	143
1. A necessidade de regulamentação.....	147
2. A diferença entre posições de minorias e interesses de poucos.....	149
3. A defesa contra forças externas, que não os poderes Executivo e Judiciário....	150
4. O afastamento da participação do cidadão.....	154
 Capítulo V – As imunidades parlamentares e os direitos e garantias individuais....	156
1 – Natureza da non-liability.....	156
1.1. Guidelines da Comissão de Veneza.....	157
1.2. Comparativo com os demais cidadãos.....	162
2 – Inviolability.....	163
2.1. Crime cometido no exercício do mandato e fora do exercício do mandato.....	164
2.2. Extensão	165
2.3. Comparativo da proteção com os demais cidadãos.....	166
 Capítulo VI – Imunidades parlamentares e a efetividade das sanções.....	169
1. Alcance e eficácia das penas.....	169
2. Não reeleição.....	171
3. Inelegibilidade.....	173
4. Sanção Penal.....	175
5. Incentivo a candidaturas espúrias.....	177
 Capítulo VII – Fatores não-legitimantes das imunidades parlamentares.....	179
1. Corrupção política.....	180
2. Princípio da igualdade.....	185
3. Exercício do mandato.....	186
4. Levantamento das imunidades.....	189
 CAPÍTULO VIII – Bases fundamentais justificadoras.....	193
1. Freedom of speech.....	194
2. Objetivos quanto à pessoa.....	197
3. Objetivos quanto ao tempo.....	201
4. Atos cobertos.....	202
5. Manifestação livre de vontade (voto comprado).....	207
6. Falta de decoro parlamentar (natureza diversa).....	210
7. Conclusão.....	213

INTRODUÇÃO

A presente dissertação pretende enfrentar o instituto das imunidades parlamentares considerando suas mais variadas vicissitudes em um mundo diferente, e em constante e veloz transformação, considerando o período em que o referido instituto foi idealizado, não na teoria, desde logo, mas em decorrência da prática da atividade política, em uma realidade mais próxima, desenvolvida em estados já criados com divisões de poderes.

Além disso, e nesse contexto, o instituto das imunidades também será analisado em cotejo com as de âmbito internacional, a fim de tentar demonstrar as ingerências, influências e inter-relações entre ambas, sempre com o foco no fundamento que envolve ambas, que as tornam, não só necessárias, mas legítimas.

A partir disso, se enfrentará o entendimento do tema em tratados internacionais, fazendo-se o estudo possível entre a realidade no Continente Europeu e no Continente Americano, com cortes atuais sobre questões necessárias a serem enfrentadas.

A seguir, e pretendendo deixar traçado o caminho a ser seguido no decorrer da dissertação, haverá a demonstração da existência de dois ramos mestres que tratam das imunidades parlamentares, em relação aos quais as demais democracias ocidentais se abebera, de uma forma ou de outra, determinando, ainda, uma tomada de posição a respeito de qual desses ramos é adotado por Brasil e Portugal e, em decorrência disso, quais as características do instituto nesses países.

Nesse contexto, há a discussão sobre a quem se destinam as imunidades parlamentares, surgindo acalorados discursos e posicionamentos em sentidos, se não opostos, ao menos passíveis de obterem resultados finais diversos.

Além disso, e enfrentando-se as divisões existentes entre as espécies de imunidades parlamentares, se verá quais as funções de cada uma delas, a quem se destinam e, principalmente, o que pretendem proteger, a final de contas.

Essa tarefa se mostrará a mais intrincada de ser cumprida, tendo em vista, que conforme se proporá, a resposta para tais questões, dependerá, segundo o presente trabalho, da definição da essência justificadora das imunidades parlamentares, a perpassar pela atividade parlamentar e atos praticados pelos membros do parlamento.

Nesse diapasão, se enfrentará a questão de quem deverá decidir a respeito dessas questões, a fim de determinar se tais decisões resultarão de julgamentos técnico-jurídicos ou políticos, situação que vicejará, necessariamente, discussão a respeito de qual seria o mais adequado, por que razões e com quais consequências.

Além disso, o trabalho se propõe a verificar se, tendo em vista as alterações anunciadas, no que respeita à evolução das democracias atuais, em que medida as imunidades parlamentares se justificam, também, considerando o reconhecimento, muitas vezes, de caráter constitucional, a respeito das garantias e direitos individuais nelas previstos.

Haverá a discussão a respeito da necessidade de a manifestação dos parlamentares, principalmente no desempenho de suas atividades legislativas, restarem a descoberto, no sentido de seus votos serem anunciados de forma pública e com controle dos cidadãos, também como necessidade de legitimação das imunidades parlamentares.

Considerando, ainda, as espécies de imunidades parlamentares existentes e enfrentadas, haverá a necessidade de verificar até que ponto agem em respeito aos princípios norteadores do instituto e não como obstáculos processuais a trazerem à baila discussões a respeito dos efeitos paradoxais, por perniciosos, em relação às democracias.

Nesse aspecto, ainda, haverá a necessidade de enfrentamento da questão do levantamento das imunidades parlamentares, considerando, neste aspecto, além dos princípios que regem o instituto, a necessidade de conclusão a respeito da titularidade de disposição desta condição, considerando os interesses do parlamento e dos parlamentares.

Haverá, também, exame a respeito da influência do instituto das imunidades parlamentares sobre a teoria do crime, o que, embora sem o aprofundamento que a matéria exigiria, por ser mais um ponto a ser enfrentado, tentando dar uma visão panorâmica de algumas das consequências possíveis decorrentes da influência das imunidades parlamentares.

Como tema, ainda necessário, haverá o enfrentamento da questão da independência e harmonia entre os poderes, no sentido de se discutir a respeito da possibilidade de haver ingerência de um Poder de Estado sobre outro, sem que haja a quebra dessa independência, e, principalmente, de que forma tal poderia ocorrer.

Além disso, e ao final, se deverá concluir com a apresentação de proposta relegitimadora das imunidades parlamentares, decorrentes de fixação de posicionamentos a respeito dos pontos pretendidos sejam enfrentados, trazendo, conforme o título de presente trabalho, a apresentação de uma essência justificadora do instituto das imunidades parlamentares, não se perdendo de vista,

conforme afirmado por Maria Fernanda Palma, que “Um problema não está perfeitamente formulado antes de ser resolvido”¹.

1 PALMA, Maria Fernanda. **A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos. Vol. 2.** Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.

Capítulo I – Imunidades

1 - Imunidades no âmbito internacional.

A intenção, no presente ponto, é fazer um apanhado das origens históricas das imunidades e sua utilização em algumas democracias atuais, mais precisamente no âmbito europeu e latino-americano, a fim de demonstrar, detidamente, a disparidade entre os momentos históricos em que cada uma foi criada, a despeito de qualquer ordem cronológica, trazendo à tona, neste aspecto, as vicissitudes locais e a possibilidade de ingerência de uns estados em outros.

Assim, enquanto imunidade internacional, tidas como aquelas a serem respeitadas entre os estados soberanos, com a precípua intenção de evitar maiores conflitos decorrentes de relações, cada vez mais necessárias, entre os referidos estados, temos que estas se fundamentaram, em um primeiro momento, em relação, essencialmente, ao chefe de estado e seu *staff*, principalmente.

Nessas condições, visitas oficiais sempre demandaram, e ainda demandam, a observância de protocolos rígidos, com respeito e reverência aos representantes de estados estrangeiros, sem que, em um primeiro momento, haja aberta e deliberada crítica a eventuais formas de governo ou regime de Estado implementados em cada um dos estados soberanos.

Aqui temos, a toda evidência, a demonstração de que, não obstante divergências de posicionamentos históricos, entre os países soberanos, a posição destes como tal, a rigor, estende esta referida soberania a seus chefes, independente de em virtude de qual regime estejam ocupando esta posição.

Vislumbra-se, portanto, uma vinculação do chefe de Estado com o desempenho, exercício ou simples condição de “estar chefe de Estado”, para o

efeito de ver protegida esta sua função sob o pálio das disposições internacionais a respeito das prerrogativas atinentes às imunidades internacionais.

Nesse diapasão, e em decorrência da aproximação, inter-relação e, pode-se dizer, intercâmbio cultural, das populações, entre tantas outras atividades divididas pelos mais diversos povos, nos mais variados países, a partir de uma facilitação de locomoção e comércio globais, se fez presente a necessidade de creditar dignitários representantes dos estados soberanos nos mais diversos locais, todos eles com relações diretas com os países creditantes, a fim de aproximar, de um lado, as referidas relações e, de outro, de garantir a manutenção da soberania de ambos os lados, bem como de manter os interesses e garantias individuais de cidadãos dos países dignitários, em locais e situações, fisicamente, além fronteiras, mas, em função dos referidos acordos, tidos como em suas pátrias, incrustadas em países estrangeiros.

1.1. Apanhado histórico.

A partir de um breve apanhado histórico, pode-se constatar, como referido, que tais relações internacionais se mostraram necessárias a partir, como dito, das frutíferas, insurgentes e efervescentes relações, impulsionadas pelo comércio internacional, entre as mais variadas nações soberanas, como de resto, sempre foi o mote aproximador e distanciador das relações internacionais.

Nesse diapasão, se de um lado o comércio, necessário para a manutenção das nações, incremento de economias, mas, e fundamentalmente, para a sobrevivência de todos os estados, determinou o incremento e criação, além do reconhecimento de tais soberanias, de outro, em momentos históricos bem definidos e já exaustivamente enfrentados pelos mais brilhantes historiadores, também serviu para dar início às mais cruentas guerras e batalhas que a humanidade já assistiu e, ainda hoje, embora em alguns locais, encoberto pelo véu da dúvida, fundamentalmente sustentado em espírito religioso, parece, ainda, manter sua

influência direta sobre a necessidade de regulamentação da soberania dos estados internacionais, com a delimitação de seu alcance, bem como dos atos por tais imunidades acobertados, a fim de manter o respeito e a fragilidade de relações tão complexas, ainda que absolutamente necessárias.

1.2. Tratados a respeito.

Nesse sentido, e sem nenhuma pretensão de buscar fazer um corte histórico aprofundado, mas apenas como caráter introdutório ao viés que se pretende dar ao presente trabalho, cabe salientar e trazer à tona, para fins de breves comentários cotejadores com a realidade atual, a existência e criação dos, se não primeiros, mas mais importantes precursores entre os tratados internacionais de respeito mútuo, entre as nações soberanas.

Neste aspecto, e em relação ao mundo pós-guerra, é de se salientar a Carta das Nações Unidas², que, embora embrionário nas relações internacionais de época histórica ainda com várias cicatrizes abertas, serviu, de forma dura e contundente, para delimitar a atuação dos povos envolvidos, em razão da participação, como signatários, de seus governos soberanos.

Neste ponto, considerando a desigualdade entre vitoriosos e vencidos, já se pode aferir a existência de normas de caráter internacional, necessárias de observância, haja vista a demonstração recente das consequências de uma atuação independente e à revelia da vontade ou concordância de outras nações soberanas.

Nada mais importante, neste aspecto, do que verificar, em um primeiro momento, como restaram replicadas as normas, agora de caráter interno, nas quais, de forma voluntária, ou não, os tratados de direito internacional vicejadores de uma convivência amistosa e produtiva, foram se abeberar a fim de, adequando-as à

2 A Carta das Nações Unidas foi assinada em São Francisco, a 26 de Junho de 1945, após o encerramento da Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional, entrando em vigor a 24 de Outubro daquele mesmo ano.

realidade internacional, formarem um caráter extraterritorial, com consequências, as mais das vezes, sérias e eficazes, impondo respeito entre os países, ainda que havendo discordâncias de posicionamentos entre os envolvidos.

O que se pretende demonstrar, nesse ponto, é a relação muito próxima, entre as previsões que garantem imunidades aos chefes de Estado, ou dignatários em atuação como tal, em países estrangeiros, e aquelas imunidades previstas, de caráter interno, as quais, em uma visão geral, pretendem a mesma coisa, qual seja, a atuação livre, legítima, de detentores de poderes, aqui, diferente de lá, não soberanos, mas ungidos de legitimidade decorrente do sufrágio, que determina, em última análise, o respeito à vontade popular a eles transferidas, de forma periódica e temporal.

A comparação, a toda evidência, apenas de caráter ilustrativo, e ao início do enfrentamento das imunidade parlamentares, fim último do presente trabalho, respeita, como não poderia deixar de ser, a natureza diversa das relações preservadas nas relações internacionais; mas, e de forma despretensiosa, pretende demonstrar que, se consideradas tais diferenças de natureza jurídica, servem, para o propósito deste trabalho, a demonstrar que, quer no âmbito internacional, quer no âmbito interno, as imunidades se justificam, sempre, e tão somente, quando estiverem diretamente vinculadas aos propósitos históricos para as quais foram criadas, reconhecidas, ou constatadas, dependendo da ideia que o interessado, estudioso ou crítico do tema possa ter a respeito.

Assim, e em razão disso, há tratados básicos, a respeito das imunidades internacionais que, como salientado, ainda que de forma rápida, e sem a pretensão de esgotamento do tema, mas como caráter ilustrativo e justificador da posição aqui defendida, deverão ser enfrentados.

1.2.1. Tratado de Roma.

Aqui, depois de examinar as referências do referido tratado em relação às imunidades internacionais, correspondentes aos chefes de Estado, atuais e reformados, devo enfrentar e pinçar, de forma clara, quais as normas e previsões do referido tratado que continuam, ou que se estenderam ao reconhecimento das imunidades parlamentares, no âmbito e espectro atingidos pelo referido tratado.

O Tratado de Roma entrou em vigor em 1º de janeiro de 1958, com o objetivo de instituir a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia da Energia Atômica (Euratom), trazendo, em um primeiro momento, um aprofundamento da integração europeia, que passou a abranger a cooperação econômica.

A partir deste tratado, e considerando o estado que se encontrava o continente europeu, após dez anos de uma guerra devastadora, foram criadas instituições supranacionais, em razão do que, os estados membros cederam parte de suas soberanias, sobre determinadas competências, a fim de alcançarem uma condução uniforme desse ressurgimento continental.

Esta integração fez surgir instituições como a Comissão Europeia, o Conselho Europeu, o Parlamento Europeu e o Tribunal de Justiça da União Europeia.

O enfrentamento de tais alterações, em parte, se retomará adiante.

1.2.2. Tratado de San José da Costa Rica.

O Pacto de San José da Costa Rica, da mesma forma do anterior, mas agora no âmbito latino-americano, demonstra, de forma semelhante, o momento histórico em que foi editado, reunindo os países da Organização dos Estados Americanos – OEA -, pretendendo, da mesma forma, ver a cedência, por parte dos países integrantes, de parte de suas soberanias, embora, nesta esfera continental,

tais acordos não possuam o grau de efetividade encontrado no continente europeu, principalmente por questões de menor integração entre os países.

Para tanto, e nesse aspecto, cabe transcrever os artigos previstos no referido Tratado que, de alguma forma, tiveram enfrentamento em caso a ser analisado, ocorrido no Brasil, pertinente às imunidades parlamentares.

Nesse sentido:

“Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

“1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

“Artículo 4. Derecho a la Vida

“1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

“2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

“3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

“4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

“5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieran menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

“6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

“Artículo 24. Igualdad ante la Ley

“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

“Artículo 25. Protección Judicial

“1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

“2. Los Estados Partes se comprometen:

“a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

“b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

“c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”³

Do relatório Nº 38/07 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos se retirou o caso 12.263⁴, no qual foi admitida a demanda de Márcia Barbosa de Souza, cidadã brasileira, por alegação de violação, por parte da República Federativa do Brasil, dos artigos 2, 4, 24, 25 e 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, transcritos acima.

No referido caso, o corpo de Márcia Barbosa de Souza foi encontrado sem vida num terreno baldio nas imediações da cidade de João Pessoa, capital da Paraíba, em 18 de junho de 1998. A polícia local iniciou uma investigação policial, concluída em 27 de agosto de 1998. Na ocasião, atribui-se a responsabilidade do crime a um deputado estadual, suposto amante da vítima.

³ **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969) in https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm

⁴ Ver caso nº 12.263 do relatório nº 38/07 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Organização dos Estados Americanos.

Por esse motivo, a Procuradoria-Geral da Justiça se havia visto no início impedida de iniciar ação contra o aludido deputado, em virtude de sua imunidade parlamentar, ao não haver concedido a Assembleia Legislativa autorização para esse procedimento.

Contudo, em 20 de dezembro de 2001, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 35/2001, determinou-se que a ação penal contra parlamentares seria admitida independentemente da autorização da Assembleia Legislativa. Não obstante isso, as autoridades competentes da Paraíba não reiniciaram a ação penal até março de 2003.

Transcorridos mais de 4 (quatro) anos do envio das últimas informações, a causa ainda não havia sido julgada e tramitava com extrema lentidão.

A decisão que se viesse a obter, passados mais de 8 (oito) anos da ocorrência do fato, seria, ainda, passível de vários recursos, o que ampliaria a impunidade relacionada com o fato.

Por tais acontecimentos, houve decisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no sentido de declarar admissível a petição em análise, com relação aos artigos 4 (direito à vida), 8.1 (direito a gozar de garantias judiciais), 24 (direito à igualdade perante a lei) e 25 (direito a gozar de proteção judicial) da Convenção Americana.

Desta forma, e neste caso apresentado, os artigos da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, deixaram transparecer que, não obstante a existência de previsões pertinentes às inviolabilidades, estas não se podem sobrepujar às garantias previstas no Pacto, sob pena de violarem direitos humanos a serem garantidos por seus signatários.

Nada de diferente, mais uma vez, se constata no âmbito latino-americano, uma vez que o que se constatou, no caso em análise, foi a desconexão entre o ato praticado pelo deputado denunciado e sua atividade parlamentar propriamente dita e que, a rigor, deve ser protegida, como fim último de manutenção de integralidade do parlamento, mas não como benesse pessoal que desvirtua, mais uma vez, não só o instituto das imunidades parlamentares, mas, e com igual gravidade, todos os direitos e garantias previstos neste Pacto, e, em especial, nos artigos acima declinados.

Saliento que o estado de normalidade nas atuais democracias, cada vez mais, tanto por previsões constitucionais, como por intermédio de assinaturas de tratados internacionais, fortaleceram os direitos e garantias a todos estendidos, independentemente de eventual cargo público que ocupem, se mostrando garantidores de observância de tratamentos judiciais iguais, para condutas e ações semelhantes, permanecendo a necessidade de imunidades parlamentares, principalmente em relação à *non-liability* dentro de sua essência legitimadora, como se pretende fixar no decorrer desta dissertação, de forma fundamentada.

1.2.3. Conselho da Europa.

Aqui me dirijo à origem do Conselho da Europa, suas funções precípuas e a visão, ou previsão legislativa, atinente à soberania dos países formadores do bloco europeu, demonstrando, mais uma vez, a necessidade de respeito das soberanias, ainda que com eventuais enfraquecimento dessas em prol do fortalecimento do bloco continental e as correspondentes influências nas tratativas referentes às imunidades parlamentares em cada um dos países membros.

Não obstante a quase impossibilidade de estabelecimento de paradigmas, ou standards, relativos aos mais variados países do mundo, em relação ao

tratamento das imunidades parlamentares⁵, na Europa, e mais precisamente em relação aos países integrantes do Conselho da Europa, independentemente da diversidade de legislação pertinente ao tema, todos eles devem, por signatários, se ater às disposições da Convenção Europeia sobre os Direitos Humanos.

Segundo o relatório da Comissão de Veneza, publicado em março de 2014⁶, os regulamentos do Conselho Europeu e do Parlamento Europeu se constituem em exemplos de documentos bastante específicos e detalhados a respeito do procedimento e causas de levantamento referente às imunidades parlamentares, traçando, por assim dizer, uma possível rota a ser seguida pelas demais democracias modernas.

De acordo com o art. 1º do ECHR, aos países signatários da convenção europeia dos direitos humanos, está assegurado, de acordo com suas jurisdições, os direitos e liberdades definidas na respectiva Convenção.

Salienta Sasch Hardt, nesse sentido, que “Decisions of the Court do not have effect erga omnes and are in principle only binding on states which are parties to a particular dispute. However, the contracting states accept that ECHR judgments also have general interpretative authority with regard to the content of the Convention rights”⁷, deixando transparecer, assim, que embora a decisão tomada não tenha efeitos imediatos aos demais países não diretamente envolvidos, estes, por signatários, terão um norte jurisprudencial indicado a partir dessas decisões, dando uma sensação de uniformidade no trato com os temas a eles relacionados, entre os quais se inserem as imunidades parlamentares, tanto por decisões deste quilate, como com relação

5 Ver casos X v. Áustria, Comissão Decision of 6 February 1969, App. No. 3374/76; Agee v. The United Kingdom, Commission Decision of 17 December 1976, App. No. 7729/76; e, A. v. The United Kingdom, ECHR 17 December 2002, App. No. 35373/97 in HARDT, Sascha. **Parliamentary Immunity. A Comprehensive Study of the systems of parliamentary immunity of the United Kingdom, France, and the Netherlands in a European Context**. Intersentia Ltd. Trinity House. Cambridge Business Park. United Kingdom. 2013. pág. 19/20.

6 Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities, March 2014, CDL-AD(2014)011.

7 HARDT, Sascha. **Parliamentary immunity. A comprehensive study of the systems of parliamentary immunity of the United Kingdom, France, and the Netherlands in a european context**. Intersentia Ltd. Trinity House. Cambridge Business Park. United Kingdom. 2013. pág. 17.

aquelas adotadas pelas legislações internas, as quais, posteriormente, por signatários, poderão ser confrontadas com dita jurisprudência. Esta situação vem estipulada na seção 2 do Human Rights Act 1998⁸, quando menciona que as corte nacionais devem ter em conta as decisões do ECHR relativas às interpretações dadas à Convenção.

Mais precisamente em relação às imunidades parlamentares, Sasch Hardt afirma que a Convenção possui duas categorias principais a tratarem do tema, salientando que “The first and most important category relates to the right of access to court under Article 6 of the Convention”⁹, salientando, ainda, que “a second main category of case law in the context of parliamentary immunity concerns Article 10 of the Convention on freedom of expression”¹⁰.

Há, no entanto, outras formas de definição, ou de classificação do tema pertinente às imunidades parlamentares, de acordo com as disposições da ECHR, como a apontada por M. Kloth, salientada por Sasch Hardt, ao referir que Kloth não faz distinção entre non-accountability e inviolability, discutindo as imunidades apenas em relação ao direito de acesso à justiça. Salienta a autora que Kloth “suggests that there are three categories of ECHR case law on this aspect of immunity: (a) cases in which the content of statements in parliament is at issue, (b) cases in which the occasion on which the statements in question have been made makes it doubtful whether they are covered by immunity, and (c) cases in which parliament refuses to lift a member’s immunity on his request”.¹¹

Com relação ao tema referente ao art. 6º da ECHR, o caso paradigma pertinente, decidido pela European Court of Human Rights, se trata daquele em que

8 “Seção 2. Interpretation of Convention rights:

“(1) A court or tribunal determining a question which has arisen in connection with a Convention right must take into account any:

“(a) judgment, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights; (...)”

9 HARDT, op. cit., pág. 18.

10 HARDT, op. cit., pág. 19.

11 Kloth, M, 2010 apud HARDT, Sascha. **Parliamentary immunity. A comprehensive study of the systems of parliamentary immunity of the United Kingdom, France, and the Netherlands in a european context**. Intersentia Ltd. Trinity House. Cambridge Business Park. United Kingdom. 2013. pág. 18.

estiveram envolvidos *A v. The United Kingdom*¹², decorrente de manifestações de um membro da Casa dos Comuns, de Bristol North-West, quando, em discurso no Parlamento, o qual, posteriormente, restou publicado na imprensa, divulgou o nome completo e o endereço de cidadã, em relação a qual, bem como a seus filhos, tratou como vizinhos do inferno, apologistas de drogas e prostituição, os quais traziam inúmeros infortúnios ao bairro. A cidadã ajuizou ação de indenização, a qual restou trancada, pelo fato de o parlamentar possuir imunidade absoluta em relação ao seu discurso, no Parlamento.

Assim, o tema principiológico, pertinente à eventual preponderância do interesse do cidadão em ter acesso à justiça sobre o da manutenção do interesse público de um sólido esquema de imunidades parlamentares, foi levado a enfrentamento pela Corte.

Os fundamentos da Corte, a respeito, a meu juízo, deixam transparecer, conforme desde já sustentado, que a vinculação, a conexão, o liame, entre a atividade parlamentar e a manifestação, mesmo dentro do parlamento, deverão ser próximos ao ponto de sacrificarem, ou, e menos radical, de restringirem o direito de acesso à justiça, como, no caso do Conselho da Europa, vem expressamente previsto no Art. 6º, § 1º, da Convenção.

Tal assertiva se embasa na seguinte passagem da decisão:

“The right of access to a court is not absolute, but may be subject to limitations. These are permitted by implication since the right of access by its very nature calls for regulation by the State. In this respect, the Contracting State enjoy a certain margin of appreciation, although the final decision as to the observance of the Convention’s requirements rests with the Court. It must be satisfied that the limitations applied do not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired. Furthermore, a limitation will not be compatible with Article 6 § 1 if it does not pursue a legitimate

12 Ver caso *A. v. The United Kingdom*, ECHR 17 December 2002, App. No. 35373/97.

aim and if there is no reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved".¹³

Já com relação a pronunciamentos, ou atos cometidos por parlamentares, fora do parlamento, o caso emblemático tratado pelo TEDH, é o referente a Cordova v. Italy¹⁴, no qual se decidiu a respeito de uma disputa entre um promotor público e o ex-Presidente da Itália, Francesco Cossiga, que após o final do mandato passou a ser senador vitalício e, por isso, titular de imunidade parlamentar.

Ocorre que o promotor de justiça, por levar a frente investigação a respeito de terceiro que teve envolvimento com o ex-presidente, passou a receber cartas injuriosas e presentes deste, como forma de demonstrar o descrédito e desvalor sobre as atividades do promotor de justiça.

Ajuizada a ação pelo promotor, esta foi barrada pelo Senado Italiano, sob o argumento de a atividade do parlamentar estar sob a salvaguarda das imunidades, previstas no artigo 68 da Constituição Italiana.¹⁵

Mantida a decisão em todas as instâncias da justiça italiana, o caso chegou ao TEDH, que, fundamentalmente, sustentou a necessidade de ver aparente o nexo causal entre o ato praticado pelo parlamentar e sua função, ou atividade parlamentar, propriamente dita, referindo que "Although (...) Mr. Cossiga had criticised the applicant's investigations in an earlier parliamentary question, the Court considers that ironic or

13 Ver o caso A. v. The United Kingdom, ECHR 17 December 2002, App. No. 35373/97. Para. 74.

14 Ver caso Cordova v. Italy. European Court of Human Rights. Application nº 40877/98. Strasbourg. 30 January 2003.

15 Art. 68 da Constituição Italiana. "Os membros do Parlamento não podem ser chamados a responder pelas opiniões expressas e dos votos dados no exercício das suas funções. Sem autorização da Câmara a qual pertence, nenhum membro do Parlamento pode ser submetido à perquisição pessoal ou domiciliária, nem pode ser detido ou privado de liberdade pessoal, ou mantido em detenção excepto se for na execução de uma sentença irrevogável de condenação, ou seja se for apanhado no acto de efetuar um delito pelo quale está prevista a detenção obrigatória em flagrante. A mesma autorização é requerida para submeter os membros do Parlamento às interpretações, em qualquer forma, de conversação ou de comunicação e o sequestro de correspondência." In, [http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20\(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano\)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf](http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf)

derisive letters accompanied by toys personally addressed to a prosecutor cannot, by their very nature, be construed as falling within the scope of parliamentary functions. The Court takes the view that the lack of any clear connection with a parliamentary activity requires it to adopt a narrow interpretation of the concept of proportionality between the aim sought to be achieved and the means employed".¹⁶

Já com relação a *inviolability*, o ECHR, no dizer de Sascha Hardt, possui uma visão mais restritiva, demonstrando, desde logo, o enfraquecimento, por deslegitimada, desta imunidade parlamentar. Afirmar a autora que "Even though case law with regard to inviolability is relatively scarce, it is recognisable that the court is reluctant to accept a limitation of the right of access to court in cases where the object of legal proceedings against the parliamentary concerned is not, or is insufficiently, connected with his parliamentary functions".¹⁷

No Conselho da Europa, a non-liability pertinente a seus integrantes, vem garantida pelo art. 10 do ECHR, que se refere, precisamente, ao freedom of speech.¹⁸

Segundo Sacha Hardt, há a necessidade de se definir dois aspectos a fim de delimitar o campo de atuação das imunidades parlamentares, com o que pertine ao *freedom of speech*, para evitar que tal instituto, neste aspecto, seja utilizado de forma temerária e indevida.

¹⁶ Ver o caso A. v. The United Kingdom, ECHR 17 December 2002, App. No. 35373/97. Para. 62-63.

¹⁷ HARDT, Sascha. **Parliamentary immunity. A comprehensive study of the systems of parliamentary immunity of the United Kingdom, France, and the Netherlands in a european context.** Intersentia Ltd. Trinity House. Cambridge Business Park. United Kingdom. 2013. pág. 26.

¹⁸ Article 10 – Freedom of expression: 1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises. 2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

A primeira questão diz com a possibilidade de os parlamentares utilizarem esta imunidade quando estiverem se manifestando fora do parlamento, com abrangência maior do que a de qualquer outro cidadão. Se a resposta for positiva, isso poderá ser interpretado como um privilégio especial aos parlamentares, e, segundo minha apreciação, em regra, indevido e ilegítimo.

A segunda questão, diz com a inexistência de limitação ao direito de expressão dos parlamentares, o que, se respondido de forma positiva, poderá agregar ainda mais privilégios aos parlamentares.

Ambas as situações foram propostas ao ECHR, sendo que, mesmo com apreciações mais restritas do que aquelas referentes ao direito de acesso à justiça, manifestações, houve, com posicionamentos a respeito.

O caso balizador dos parâmetros considerados pelo ECHR foi o que envolveu *Castells v. Espanha*¹⁹. No caso, o reclamante era um senador do Partido Basco, tendo feito fortes críticas ao governo espanhol, em uma reportagem de uma revista, na qual referiu que enquanto a perseguição e encarceramento dos membros do ETA era extremamente contundente, o governo espanhol, com membros de extrema direita, com manifestações tão violentas quanto, não apresentava qualquer ação em represália.

Processado por tais manifestações, acabou sendo condenado pela justiça espanhola, ainda que, em decorrência do tempo transcorrido, tal penalização tenha sido bastante leve.

No entanto, e não satisfeito com o tratamento recebido por parte da justiça de seu país, Castells, que passou a ser senador espanhol, ajuizou demanda junto ao ECHR, sustentando ter sido violado seu direito de livre expressão, como senador da república.

19 Ver o caso *Castells v. Spain*, ECHR 23 April 1992, App. No. 11798/85.

A tônica da decisão do ECHR, a respeito, disse com a possibilidade de, em havendo a livre manifestação de expressão, por parte do parlamentar, essa manifestação não envolver somente críticas favoráveis, mas também aquelas que ofenda, choquem e causem desconforto.²⁰

No entanto, e em complemento necessário a respeito da livre manifestação dos parlamentares, o ECHR se manifestou, e aqui no sentido defendido por este trabalho, no processo *Keller v. Hungary*²¹, definindo que, embora necessária a livre manifestação dos parlamentares, esta, a toda evidência, não poderá desbordar, de forma evidente, do propósito a que se dirige, considerado como aquele pertinente ao vínculo necessário, entre a manifestação e o desempenho das atividades parlamentares.

No caso referido, o requerente, parlamentar, fez declarações depreciativas sobre o falecido pai de um ministro. Por tais motivos, o então ministro processou, com sucesso, o requerente por danos, argumentando que o parlamentar tinha prejudicado a sua reputação. O TEDH recebeu a ação do parlamentar como inserida no artigo 10 da Convenção, considerando, no entanto, improcedente, por não ter encontrado vinculação entre as declarações do parlamentar com sua atuação política, propriamente dita, deixando clara a intenção de ressaltar e ressaltar a necessidade de a atuação política, diretamente ligada às atividades parlamentares, como balizadores, em regra, do reconhecimento das imunidades parlamentares, uma vez que no caso *Öllinger v. Austria*²² restou definido que, mesmo

20 Em passagem do acórdão pertinente, ficou assentado pela ECHR que “while freedom of expression is important for everybody, it is especially só for an elected representative of the people. He represents his electorate, draws the attention to their preoccupations and defends their interests. (...)”

The freedom of political debate is undoubtedly not absolute in nature. A Contracting State may make it subject to certain restrictions or penalties, but it is for the Court to give a final ruling on the compatibility of such measures with the freedom of expression enshrined in Article 10. (...)”

The limits of permissible criticism are wider with regard to the government than in relation to a private citizen, or even a politician. In a democratic system, the actions or omissions of the Government must be subject to the close scrutiny not only of the legislative and judicial authority but also of the press and public opinion. In *Castells v. Spain*, ECHR 23 April 1992, App. No. 11798/85.

21 Ver o caso *Keller v. Hungary*, ECHR 4 April 2006, App. No. 33352/02.

22 Ver o caso *Öllinger v. Áustria*, ECHR 13 May 2004, App. No. 74245/01.

sem que o parlamentar traga provas daquilo que alega, mas estando essas alegações inseridas na sua atividade política, propriamente dita, tais declarações estarão protegidas pelo art. 10 da Convenção, albergadas, portanto, pelas imunidades parlamentares, em última instância.

Ainda com relação ao posicionamento do ECHR, houve decisão no caso *Féret v. Belgium*²³, sobre os limites do discurso de ódio, deixando claro que “... the limitation of the applicant’s freedom of expression by the Belgian court had not violated the Convention. It follows from *Féret*, therefore, that hate speech and incitement to discrimination, even by campaigning politicians, is not protected by Article 10 to the Convention”.

Sascha Hardt conclui, em relação aos posicionamentos do ECHR, que “while the legal institution of immunity generally serves a legitimate aim, its application is only proportionate to this aim where it actually relates to the functions of parliament – or, since the immediate beneficiary of immunity is the individual parliamentarian, to the parliamentary functions of the member”.²⁴

Nesse sentido, as decisões a respeito dos arts. 8 e 9 da Convenção vem sendo adotadas no seguinte sentido, segundo Marc Bantinck e outros, quando afirmam que:

“In view of the important decisions taken by the European Court of Justice in three immunity cases involving MEPs greater clarity exists in how to interpret some of the questions raised earlier. The Court of Justice has made it quite clear that the forms of protection as described in articles 8 and 9 are quite different in legal terms.

“The Court has declared that the scope of article 8 must be established on the basis of EU law alone; in fact article 8 makes no reference at all to national rights. This form of protection must be considered as an absolute immunity and the EP does not itself have the power to determine whether or not the conditions for applying article 8 have been met. Such an assessment is within the exclusive jurisdiction of the national courts. If those national courts are

²³ Ver o caso *Féret v. Belgium*, ECHR 16 July 2009, App. No. 15615/07.

²⁴ Hardt, op. cit., p. 40.

in doubt, they may of course always refer the question to the Court of Justice for a preliminary ruling.

“The Court also explained in the Patriciello case that article 8 can even apply to opinions expressed by an MEP outside of Parliament. Although article 8 is in essence intended to apply to statements made by MEPs within the very precincts of the EP, statements beyond its confines may also be protected because, whether or not it is a protected opinion depends not on the place where the statement was made, but rather on its “character and content”.

“If the opinion has been expressed by the MEP “in the performance of (their) duties” and thus entails a direct and obvious link between the opinion expressed and the parliamentary duties, the opinion will enjoy immunity.

“Article 9 referring to immunity against judicial proceedings with reference to the law pertaining in the territory of their own State, should be read as meaning that the extent and scope of this immunity is determined by the various national laws to which it refers.

“In the case (Gollnisch) to what extent the EP can freely decide not to defend the privileges and immunities of an MEP, the Court of Justice ruling showed that these decisions can potentially have far reaching legal consequences. The exact extent will depend, in each individual case, on the applicable provisions of national law in force at the relevant time. In other words, in some cases, the European parliament may actually adopt a decision with binding legal effects or just may see its “decision” being qualified as merely an opinion.

“Thus, an MEP cannot claim to benefit, under article 9, from national rules and procedures on freedom of expression as this is exclusively covered by article 8.

“However, where an MEP does submit a request for defence of immunity expressly involving article 9, then the Parliament must reply to that request on the basis of that article. In doing so, the European Parliament does have a “broad discretion” but has to take a formal decision.”²⁵

25 BENTINCK, Marc e outros. **Non-liaible? Inviolable? Untouchable? THE CHALLENGE OF PARLIAMENTARY IMMUNITIES.** An Overview. **Publisher: Dick Toornstra .** European Parliament – OPPD, 2012.

Nesse sentido, além de se afinarem com as disposições da convenção europeia, os países, ainda, ficam adstritos às decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos, possibilitando, assim, embora com a manutenção da autonomia legislativa dos países membros, uma uniformização próxima do ideal, em relação ao enfrentamento de situações que desbordem os interesses do país, e tenham influência sobre toda a comunidade europeia.

O segundo fator de aglutinação das disposições pertinentes às imunidades parlamentares, no âmbito europeu, é a existência do Parlamento Europeu, item a ser enfrentado adiante.

1.2.4. Parlamento Europeu.

O Parlamento Europeu, uma vez que constituído de parlamentares da União Europeia, no sentido de trazer representantes, por eleição, de todos os países integrantes da União Europeia, trás elemento assaz interessante ao tema que se propõe desenvolver.

Assim, se de um lado, há a existência de um Parlamento, a rigor sem fugir de normas próprias atinentes a uma casa legislativa, tal parlamento possui caráter eminentemente internacional, com integrantes ou membros advindos de países formadores da União Europeia, com bagagem e cultura políticas diversas, mas que, ao integrarem o Parlamento Europeu, se veem, de um lado, adstritos a essas novas regras, de caráter internacional, ainda que com âmbito no bloco europeu, e, de outro, com atividades, as mais das vezes, de tentativa de uniformização das atividades internas, de cada país membro, com reflexos, agora, em imunidades parlamentares previstas, quer em normas constitucionais, quer em normas infra-constitucionais, de cada um desses países.

O que se pretende, portanto, é demonstrar a correlação, quase que intermitente, entre as normas de caráter internacional e aquelas de caráter interno,

no tema das imunidades. Aquelas mais precisamente referentes à soberania das nações e, portanto, voltadas aos representantes destas; e estas, voltadas à soberania popular, dos cidadãos de cada país, mas, da mesma forma, pretendidas como protetoras, novamente da soberania, agora popular, dos povos integrantes de cada nação.

Não se pode esquecer que, mesmo no âmbito político, esfera mais atinente ao tema das imunidades parlamentares, há a necessidade de respeito, ou observância de práticas e costumes dos povos que integram a UE, situação sentida, conforme manifestações recentes do primeiro ministro do Reino Unido, no sentido de que as idiossincrasias de cada país, dentro de um limite aceitável, deveriam ser respeitadas, sob pena de colocar em risco a manutenção do Reino Unido no bloco europeu.

Dessa forma, também é de se perquirir, se, de forma geral e igualitária, sem as considerações locais, se poderá pretender uma uniformização de tratamento de tema tão sensível aos governos, democracias, interesses políticos, econômicos, militares, estratégicos, que envolvem os mais diversos países; ou, se por outro lado, conforme historicamente se pode constatar, tais previsões, em relação às imunidades parlamentares, são transitórias, sujeitas as mais diversas vicissitudes, advindas de meio turbulento em que trafegam, tentando, as vezes legitimadamente, as vezes, nem tanto, se fazerem valer e serem aceitas como necessárias.

Nesse sentido, a base legal para a garantia e previsão das imunidades parlamentares, decorre do Tratado de 08 de abril de 1965 que instituiu, em seu art. 28, as imunidades que são necessárias para o desempenho das atividades dos membros do Parlamento Europeu, respeitando as condições fixadas no Protocolo que as regulamentou.

Assim, desde a instituição do tratado que criou a União Europeia, já havia a previsão das imunidades atinentes ao desempenho das atividades dos membros

do Parlamento Europeu, que, naquela época, não eram eleitos por meio do sufrágio universal.

Os artigos 9 e 10 do Protocolo pertinente aos privilégios e imunidades dos eurodeputados, desde 08 de abril de 1965, previam a seguinte redação:

“Article 9

“Members of the European Parliament shall not be subject to any form of inquiry, detention or legal proceedings in respect of opinions expressed or votes cast by them in the performance of their duties.

“Article 10

“During the sessions of the European Parliament, its Members shall enjoy:

“(a) in the territory of their own State, the immunities accorded to members of their parliament;

“(b) in the territory of any other Member State, immunity from any measure of detention and from legal proceedings. Immunity shall likewise apply to Members while they are travelling to and from the place of meeting of the European Parliament.

“Immunity cannot be claimed when a Member is found in the act of committing an offence and shall not prevent the European Parliament from exercising its right to waive the immunity of one of its Members.”

Nesse período, contudo, a escolha dos deputados integrantes do parlamento europeu, e, assim, representantes dos estados signatários do tratado da União Europeia, não era realizada por intermédio do exercício do sufrágio universal, situação que só veio a se alterar em 1976, por meio do Act of 20 September.

O que se pode constatar, a partir de então, é que aqui, de forma mais incisiva - e como, de resto, se pode mencionar em todos os estados soberanos nos quais se esteja instaurada uma democracia, com a escolha de representantes por meio de voto -, é que a cobrança, de um lado, e a vinculação, de outro, ao contrato (acordo) político-social que se forma entre representado e representante, se mostra mais incisivo, deixando ainda mais clara a necessidade de vinculação a este,

quando do exame do desvio de conduta, no sentido de se estarem afastando daquelas previstas para o desempenho das atividades de representante, considerando, estas, aquelas que melhor, ou de forma mais próxima, se atenham ao referido contrato surgido das urnas.

Atualmente, a previsão a respeito diz que: “Members shall enjoy privileges and immunities in accordance with the Protocol on the privileges and immunities of the European Communities annexed to the Treaty establishing a Single Council and a Single Commission of the European Communities”.²⁶

A questão complexa que surge do tratamento diferenciado dispensado aos deputados do Parlamento Europeu, quando em exame de suas atuações dentro de seus países, trás à discussão, novamente, a necessidade de imposição de um norte no tratamento do tema das imunidades parlamentares.

Nesse sentido, o Parlamento Europeu, em algum momento, não só demonstra ser possível, como busca uma uniformidade no tratamento das imunidades parlamentares, mesmo em países diferentes.

A partir disso, o Committee on Legal Affairs and Citizens Rights pretendeu, ou opinou, pela revisão, em razão de concluir haver tratamentos diferenciados e discriminatórios, em relação aos membros do Parlamento Europeu, por conta das diferenças legislativas pertinentes às imunidades internas, trazendo maiores seguranças de atuação para alguns em relação a outros, afastando, a toda vista, a necessária proteção ao Parlamento, como casa, como de resto pretendido pelo Instituto das Imunidades Parlamentares.

Não obstante esta constatação e tentativa de uniformização de tratamento, segundo Allen “... the Coucil has so far failed to take a decision on amending

26 ALLEN, Marília Crespo. **Workingpaper, parliamentary immunity in the members states of the European Union and in the European Parliament**, Legal Affairs Series. W 8. Publisher: European Parliament. L-2929 Luxemburg, 1999, pág. 172.

Articles 9 and 10 of the PPI. One of the protocols annexed to the Treaty on European Union signed in Maastricht on 7 February 1992 amends the protocol by extending in to the European Central bank and the European Monetary Institute, while making no changes to the provisions concerning parliamentary immunity²⁷.

De outro lado, contudo, o Parlamento Europeu, em resolução de 3 de dezembro de 1998, já previa a possibilidade de levantamento da imunidade de um seu parlamentar, desde que respeitados os princípios norteadores do instituto no âmbito da referida casa. Restou disposto na referida resolução que “The European Parliament shall rule on a request for the waiver of immunity of one of its Members in accordance with principles which it shall adopt on a proposal from committee responsible”.

A discussão, de outro lado, a respeito da duração da isenção, ou dos efeitos das imunidades, sobre a atuação dos parlamentares do Parlamento Europeu, como de resto se mostra regra nas demais previsões legais, diz com a necessidade de ser observado o período da sessão legislativa.

No seu trabalho a respeito, considerando o período em que foi pesquisado e publicado, Allen trás duas decisões da Corte Europeia de Justiça, uma em 1964²⁸ e outra em 1986²⁹, as quais se referem a expressão “durante a sessão”.

27 ALLEN, op. cit, p. 173.

28 Judgment of the Court of 12 May 1964. *Albert Wagner v Jean Fohrmann and Antoine Krier*. Reference for a preliminary ruling: Tribunal d'arrondissement de Luxembourg - Grand-Duchy of Luxembourg. Case 101-63. Summary.

1 . The provisions of the treaties and the protocols which apply to a common institution must be interpreted together and, if necessary reconciled..

2 . Subject to the dates of opening and closure of the annual session determined by article 22 of the ecsc treaty, the European Assembly must be considered in session, even if it is not actually sitting, up to the time of the closure of the annual or extraordinary sessions.

29 Judgment of the Court of 10 July 1986. *Roger Wybot v Edgar Faure and others*. Reference for a preliminary ruling: Cour d'appel de Paris - France. Immunity of Members of the European Parliament. Case 149/85. Summary.

1 . For the purposes of the application of article 10 of the protocol of 8 april 1965 on the privileges and immunities of the european communities, under which the members of the European Parliament enjoy, 'during the sessions of the assembly... in the territory of their own state, the immunities accorded to members of their parliament', the duration of sessions of the European Parliament can be determined only in the light of communitu law. To refer to national law in order to interpret the concept of a session of the European Parliament would be incompatible not only with the wording of the protocol but also with the very objective of that provision, which is intended to ensure immunity for the same period for

Segundo a autora mencionada, “From these two judgments, and from rule 8 (1) of Parliament’s Rules of Procedure, it may be concluded that Parliament holds an annual session lasting twelve months, during which its Members enjoy the immunity defined in the PPI, even in the periods between part-sessions”³⁰.

Além disso, há a possibilidade de ocorrência de término prematuro de mandatos, a serem examinados em cada ocasião, afastando, contudo, em regra, a proteção decorrente do instituto das imunidades, para os casos de doenças, incompatibilidades ou renúncias. Segundo Allen, nesses casos, “the date on which the term of office is deemed to have ended, and on which, consequently, the protection conferred by parliamentary immunity ceases to apply, is determined on the basis of the interpretative criteria adopted by Parliament and set out in a note attached to Rule 8 of its Rules of Procedure”³¹.

O entendimento, no Parlamento Europeu, a respeito do instituto das imunidades parlamentares, é direcionado no sentido de que tal instituto se refere, ou existe com a finalidade de proteção do Parlamento como instituição, e não com a intenção de proteção de seus membros, em caráter individual.

all members of the European Parliament, whatever their nationality. .

2 . Although under the first paragraph of article 22 of the ECSC treaty, the first paragraph of article 139 of the ECC treaty and the first paragraph of article 109 of the EAEC treaty, as amended by article 27 of the merger treaty, the European Parliament is to hold an annual session and meet, without requiring to be convened, on the second tuesday in march, no indication as to the duration of that session can be inferred, even indirectly, from the other provisions of the treaties concerning the European Parliament. In the absence of any provision in the treaties on the subject, the determination of the duration of its sessions falls within the European Parliament’s power to adopt rules for its own internal organization. The decision on the date of closure of each annual session is therefore within its discretion .

3 . Since the activities of the European Parliament and its permanent and temporary organs, far beyond merely holding sessions and continue throughout the year, an interpretation of the word ‘session’ as used in article 10 of the protocol of 8 april 1965 which limited the immunity of members to the periods when parliament was actually sitting might prejudice the carrying on of the parliament’s activities as a whole . since the consistent practice of the parliament under which a session lasts for the whole year and is closed only on the eve of the opening of a new session is not incompatible with the provisions of the treaties on the sessions of the parliament or with the protocol of 8 april 1965 , article 10 of the protocol must be interpreted as meaning that the european parliament must be considered to be in session , even if it is not actually sitting , until the decision is taken closing its annual or extraordinary sessions .

30 ALLEN, op. cit, p. 173.

31 ALLEN, op. cit, p. 174.

Há de se concluir, assim, que a visão a respeito da atividade de seus membros, como de resto de todos os membros pertencentes aos parlamentos, ainda que no âmbito interno, pertencentes a países democráticos, terá que ser interpretada como sendo, em última análise, a própria do Parlamento, como instituição.

Daí, portanto, se parte quando da necessidade de análise a respeito de estar determinado membro do parlamento protegido pelas imunidades parlamentares, quando do exame de um determinado ato por ele praticado.

Segundo Allen, quando se refere ao art. 9º do PPI, “This privilege is intended to safeguard Members’ freedom in the performance of their duties, leaving their actions to be subject only to the rules governing procedure and the conventions of parliamentary etiquette, the determination and application of which are the sole responsibility of Parliament itself and subject to no intervention by outside bodies”³².

Nesse sentido, conforme Jeuniaux e Senés Hernandez, afirmam que “Article 9 of the PPI is deemed not cover opinions expressed by Members at party conferences, during election campaigns or in books or articles which they publish”³³, pretendendo, assim, evitar, ao máximo, possível desvirtuamento do instituto, trazendo, por exemplo em campanhas eleitorais, força de palanque em desequilíbrio com os demais candidatos que não se encontrem nessa condição.

Tal força de palanque, a rigor, por eventual impedimento constante das leis que regem as eleições nas mais diversas democracias do mundo, não se pretende impedir tão somente durante o período eleitoral, mas sim durante o próprio desempenho do mandato, quando, sob o pálio das imunidades parlamentares, o parlamentar, de forma deliberada, desviar sua conduta de atuação, afastando-se

32 ALLEN, op. cit, p. 175.

33 JEUNIAUX, op. Cit., p.180, and HERNANDEZ, Senes, op. Cit. p.322, apud ALLEN, Marília Crespo. **Workingpaper, parliamentary immunity in the members states of the European Union and in the European Parliament**, Legal Affairs Series. W 8. Publisher: European Parliament. L-2929 Luxemburg, 1999, pág. 176.

daquelas efetivamente conectadas com sua atividade parlamentar, para o desempenho de um mandato ruidoso, notado, e que possa, de forma ilegítima, aproximá-lo de uma reeleição que, se baseada apenas em sua atividade legislativa, propriamente dita, por pífia, poderia não vir a assegurá-la.

Além disso, e como se tratará mais adiante, quando do confronto entre a *freedom of speech* e os possíveis excessos e desvios de atuação parlamentar sob a alegação de se estar no desempenho da liberdade de expressão, anotam Harms e Senén Hernandez “Non-liability is considered to apply only to opinions and votes and not to any acts of physical violence, even where perpetrated with the aim of giving expression to a particular opinion”³⁴.

Assim, e considerando os aspectos excepcionantes, a imunidade parlamentar atinente a non-liability, é tida como absoluta, impedindo qualquer forma de intervenção de outra instituição, ou mesmo de outro Poder de Estado, com a finalidade de a relativizar ou de enfraquecê-la, a fim de interferir no âmbito de atuação do Parlamento, ou do Poder Legislativo, como um corpo uno.

Há a possibilidade, ainda, e aqui com relação à inviolabilidade, de esta ser levantada com a finalidade de o membro do parlamento europeu vir a atuar como testemunha de processo judicial relevante, sem que isso possa, de outro lado, afetar, de forma direta, o desempenho das atividades do Parlamento Europeu.

Carla Berkhout, referida por Sascha Hardt, refere que “... the approach of the EP with regard to its power to waive or defend immunity can be used as a means to circumvent the problem of restrictive (or non-existent) national inviolability rules”³⁵.

34 HARMS, op. Cit. p. 91, and HERNANDEZ, op. Cit. p.321 apud ALLEN, Marília Crespo. **Workingpaper, parliamentary immunity in the members states of the European Union and in the European Parliament**, Legal Affairs Series. W 8. Publisher: European Parliament. L-2929 Luxemburg, 1999, pág. 176.

35 BERKHOUT 2009, p. 2057 et. Seq. apud HARDT, Sascha. **Parliamentary immunity. A comprehensive study of the systems of parliamentary immunity of the United Kingdom, France, and the Netherlands in a european context**. Intersentia Ltd. Trinity House. Cambridge Business Park. United Kingdom. 2013. pág. 46.

Assim, se de um lado a disposição prevê e possibilita a colaboração dos membros do Parlamento Europeu no esclarecimento de crimes e atividades ilícitas de monta; de outro, sempre pretende manter, em primeiro lugar, a autonomia e integridade de atuação da Casa, o que, de resto, e de forma alguma, permite dizer-se que tal atuação venha a possibilitar a investigação a respeito de crimes graves de corrupção, mais associados à atividade parlamentar, como comumente se constata em democracias onde esta possibilidade de comparecimento de parlamentares como testemunhas inexiste, ou, por outra, é de autorização improvável.

A questão que exsurge de uma previsão de imunidades internacionais, como o que ocorre no Parlamento Europeu, é que, os membros do referido Parlamento, quando no interior de seus países de origem, não mais ficam regrados pelas normas atinentes às imunidades previstas no regimento do Parlamento Europeu, mas sim, por aquelas previstas para as casas respectivas em seus países de origem.

Há, portanto, flagrante disparidade entre os membros do Parlamento Europeu, que embora não ocorra no interior do próprio Parlamento Europeu, ali se faz refletir, por possível atuação mais comedida de um seu membro, receoso de possíveis consequências mais rigorosas, quando de sua presença em seu país de origem.

O que se pretende destacar, assim, é que a constatação vislumbrada no Parlamento Europeu, entre seus próprios membros, embora internamente regidos pelo mesmo diploma legal, mas que, em razão de vicissitudes outras, podem ser tratados de forma diversa quando fora da Casa, é a da necessidade de tentativa de uniformização do tratamento das imunidades parlamentares, por meio de princípios e diplomas legais, o mais precisos possíveis, a fim de afastar, tanto no âmbito internacional, quanto no âmbito interno dos países, o tratamento diferenciado a trazer absoluta insegurança, tanto ao próprio parlamento, quanto às demais

instituições que, em razão de excessos de previsões legais, verem-se dominadas por condutas ilícitas inalcançáveis por suas legislações penais.

Segundo Allen “During the period before the first direct elections in 1979, only one case arose in which waiver of immunity was requested. Since 1981, and following the introduction of elections by universal suffrage, the significant increase in the number of Members and the progressive reduction in the number of dual mandates, there has been a substantial increase in the number of requests for waiver of immunity”³⁶, o que pode trazer à tona a questão da identificação e aproximação entre o representante e o representado, unidos, ou aproximados, pelo contrato político firmado entre eles durante a campanha política e, necessariamente, esperado desempenhado durante o exercício do mandato, sempre considerando como fins comuns do Parlamento.

Assim, os pedidos de levantamento das imunidades parlamentares, no âmbito do Parlamento Europeu, atualmente, enfrentam os princípios atinentes aos propósitos mesmos do instituto das imunidades, da ausência de efeito da renúncia pessoal do membro, de suas imunidades, do período em que está compreendido o fato que ensejou o pedido de afastamento das imunidades, a autonomia do instituto das imunidades, em relação aos estados originários de seus Membros, como os mais relevantes e necessários de exame.

Segundo estudo realizado pelo Serviço Jurídico do Parlamento Europeu, em 19 de abril de 1990 (PE 140.196), já naquela ocasião restaram definidos três grupos de casos nos quais se deveria ser afastada a proteção pelas imunidades parlamentares. Tais grupos envolveriam os casos em que se constatasse a possibilidade de ameaça aos direitos individuais ou à sociedade democrática; naqueles fatos em que atos difamatórios viessem a ofender, de forma individual determinada pessoa, e não eventual instituição por ela representada, como órgãos de imprensa ou de administração pública; e aqueles que envolvessem uma nítida

36 ALLEN, Marília Crespo. **Workingpaper, parliamentary immunity in the members states of the European Union and in the European Parliament**, Legal Affairs Series. W 8. Publisher: European Parliament. L-2929 Luxemburg, 1999, pág. 187.

tentativa de escapar das leis penais, ou leis administrativas, com atuação absolutamente separada da atividade política atinente aos parlamentares.

Assim, desde aquela época, repisasse por ser o norte da presente tese, a necessidade de nexos, de vínculo, de conexão entre a atividade parlamentar, atribuída ao parlamento, como colegiado, e aqueles mesmos atos efetivamente praticados pelo Membro do Parlamento Europeu, vem sempre sendo o norte a ser seguido pela Casa, e, de resto, o verdadeiro norte legitimador das imunidades parlamentares.

Nesse sentido, e como paradigmas adotados pelo Parlamento Europeu, também devem ser referidos os casos *Alfonso Luigi Marra v. Eduardo de Gregorio and Antônio Clemente*³⁷, além do caso *Aldo Patriciello*.³⁸

No primeiro caso, enfrentando alegações de que um membro do Parlamento Europeu havia ofendido cidadãos italianos em panfletos por ele distribuídos, houve o posicionamento do Advogado Geral Maduro no sentido de que “it thus falls within the duties of an MEP to make statements and voice opinions about matters of general interest, also where this is done in a non-parliamentary context”.³⁹ Sascha Hardt refere que “He further draws a line between ‘value judgments’ and ‘factual allegations’; the former must fall within the sphere of absolute non-accountability, whereas the latter do not because they can be falsified”.

Nesse sentido, o Advogado Geral Maduro, traça a necessidade de distinguir as opiniões lançadas pelos membros do Parlamento Europeu entre aquelas que podem e aquelas que não podem ser provadas, fazendo destas, por

37 Ver casos *Alfonso Luigi Marra v. Eduardo de Gregorio and Antonio Clemente* (preliminary ruling), CJEU 21 October 2008.

38 Ver caso *Aldo Patriciello*, CJEU 6 September 2011.

39 HARDT, Sascha. **Parliamentary immunity. A comprehensive study of the systems of parliamentary immunity of the United Kingdom, France, and the Netherlands in a European context**. Intersentia Ltd. Trinity House. Cambridge Business Park. United Kingdom. 2013. pág. 49.

esta razão, como de natureza absoluta, na questão de estarem protegidas pela *non-liability*.

No entanto, e ao contrário do sustentado na presente tese, não necessariamente vinculadas as manifestações, à atividade parlamentar voltada ao interesse público, uma vez que não exigida esta vinculação entre uma e outro.

No segundo caso, no qual o CJEU tratou da questão a respeito do que constitui uma opinião expressada por um membro do Parlamento Europeu decorrente diretamente de sua atividade como tal, o Advogado Geral Jääskin rejeitou a proposta anteriormente apresentada pelo Advogado Geral Maduro, sustentando que “that the Court should introduce a criterion specific to the nature of the duties of a Member of the European Parliament, on the basis of the case-law of the European Court of Human Rights. This criterion links substantive immunity not to the content of a Member’s comments, but rather to the relationship between the context in which those comments are made and the parliamentary work of the Parliament”.⁴⁰

Sustenta Sascha Hardt, que “the decision whether an opinion has been expressed in the exercise of an MEP’s duties should still be taken on the basis of the content of that opinion, but this content should be materially linked to the actual work of the EP, and not to the concept of public interest”.⁴¹

Disso se pode retirar que, em verdade, além do nexo entre a atividade do parlamentar, ainda que integrante do Parlamento Europeu, e o ato por ele praticado, ou mesmo a opinião por ele externada, esta deverá buscar o interesse público, no sentido de ser este o objetivo da atividade parlamentar, o que não quer dizer que tal medida possa ser desempenhada pelo parlamentar, sob tal argumento, mas desvinculada da atividade parlamentar, propriamente dita, apenas com a intenção de um ganho próprio, o que vem sendo rechaçado desde o início.

40 Ver caso Aldo Patriciello, CJEU 6 September 2011.

41 HARDT, Sascha. **Parliamentary immunity. A comprehensive study of the systems of parliamentary immunity of the United Kingdom, France, and the Netherlands in a European context**. Intersentia Ltd. Trinity House. Cambridge Business Park. United Kingdom. 2013. pág. 50.

Assim, e de acordo com o até aqui examinado, Sascha Hardt conclui que o Parlamento Europeu possui duas linhas de enfrentamento das imunidades parlamentares: “(a) absolute non-accountability pursuant to Article 8 of Protocol No. 7 and (b) a combination of the immunity regimes of the Member States and a broad ‘European immunity’ pursuant to Article 9 of that Protocol”⁴², as quais, se bem se dirigem a imunidades parlamentares, pelo carácter internacional do Parlamento Europeu, haja vista sua constituição, podem ensejar cotejo com a apreciação das matérias em caso paradigmático a seguir tratado.

1.2.5. Caso Pinochet como paradigma.

Após esse primeiro enfrentamento do tema, decorrente de um cotejo entre as imunidades de carácter internacional e aquelas de carácter interno, em decorrência do qual se pretendeu demonstrar pontos de contato entre ambas, principalmente no que diz com a intenção de preservarem os interesses dos cidadãos, em ambas as esferas, pretendo, agora, trazer à baila, caso emblemático, em decorrência do qual, em um primeiro momento, se pode aferir a situação das imunidades, dentro de quadro histórico ainda bastante presente, tanto na América Latina, quanto no Continente Europeu.

Para tanto, o caso Pinochet se mostrou assaz pródigo em características e situações que envolveram ambos os continentes, uma vez que, se de um lado, tratou da situação de um ex-chefe de estado de país da América do Sul, Chile, de outro, as questões enfrentadas e discutidas, as que resultaram nas decisões que aqui serão enfrentadas, ocorreram no Reino Unido, em decorrência de postulação jurídica do Poder Judiciário Espanhol, envolvendo, portanto, de forma direta, o Continente Europeu, e sua visão a respeito do tema das imunidades internacionais,

42 HARDT, Sascha. **Parliamentary immunity. A comprehensive study of the systems of parliamentary immunity of the United Kingdom, France, and the Netherlands in a european context.** Intersentia Ltd. Trinity House. Cambridge Business Park. United Kingdom. 2013. pág. 52.

de forma indireta, aos chefes de estado e, de forma direta, direcionadas aos ex-chefes de estado, mas em decorrência de atos tomados enquanto tais.

Embora, como já adiantado, o caso Pinochet tenha cunho eminentemente de direito internacional, com enfrentamento de questões atinentes às imunidades decorrentes da posição de chefe de Estado, o rumoroso processo teve desdobramento, quando do enfrentamento de temas polêmicos, que de forma direta, resultaram em acolhimento quando da existência de uma nova visão a respeito das funções, alcances, limites e escopos relativos às imunidades parlamentares, estas de caráter interno.

Quando o pedido ajuizado pelo Poder Judiciário Espanhol, contra o ex-Chefe de Estado Chileno, Gen. Augusto Pinochet, que se encontrava em Londres, para um tratamento de saúde, foi enfrentado, de forma definitiva, a Casa dos Lordes, decidindo pela possibilidade de sua extradição do então senador, se posicionou, em seus votos, no que pertine ao tema do presente trabalho, de forma a revelar que a questão, embora controvertida, já encontrava entendimentos no sentido de que os excessos, sejam eles de que natureza fossem, deveriam evitar fossem protegidos pelo instituto da imunidade internacional, atinente ao caso.

Assim, e para melhor ilustrar tal passagem, relato e comento, ainda que de forma breve, excertos dos votos proferidos pelos Lords naquele julgamento.

Nessa toada, e tendo sido o primeiro a proferir seu voto, Lord Browne-Wilkinson, referiu, ao início, que a questão a ser enfrentada dizia respeito com quais dos atos atribuídos ao ex-Chefe de Estado deveriam ser considerado, tendo em vista que Chile, Espanha e Reino Unido eram signatários da Convenção sobre Tortura, tratado assinado em 08 de dezembro de 1988.

Assim, disse o Lord: “ The issue is whether international law grants state immunity in relation to the international crime of torture and, if so, whether the Republic of Chile is entitled

to claim such immunity even though Chile, Spain and the United Kingdom are all parties to the Torture Convention and therefore "contractually" bound to give effect to its provisions from 8 December 1988 at the latest."⁴³

Com relação a tal questão, concluiu que "In my judgment at common law a former head of state enjoys similar immunities, *ratione materiae*, once he ceases to be head of state. He too loses immunity *ratione personae* on ceasing to be head of state: see Watts *The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Government and Foreign Ministers* p. 88 and the cases there cited. He can be sued on his private obligations: *Ex-King Farouk of Egypt v. Christian Dior* (1957) 24 I.L.R. 228; *Jimenez v. Aristeguieta* (1962) 311 F. 2d 547. As ex head of state he cannot be sued in respect of acts performed whilst head of state in his public capacity: *Hatch v. Baez* [1876] 7 Hun. 596. Thus, at common law, the position of the former ambassador and the former head of state appears to be much the same: both enjoy immunity for acts done in performance of their respective functions whilst in office."⁴⁴

Salientou, ainda, que a Convenção sobre Tortura determinou o afastamento das imunidades, entre os países signatários, sendo que, por tal motivo, somente após a assinatura de referida Convenção, em data acima indicada, o ex-Chefe de Estado, Augusto Pinochet, poderia ser responsabilizado por seus atos de tortura. Manifestou-se o Lord da seguinte maneira:

"Finally, and to my mind decisively, if the implementation of a torture regime is a public function giving rise to immunity *ratione materiae*, this produces bizarre results. Immunity *ratione materiae* applies not only to ex-heads of state and ex-ambassadors but to all state officials who have been involved in carrying out the functions of the state. Such immunity is necessary in order to prevent state immunity being circumvented by prosecuting or suing the official who, for example, actually carried out the torture when a claim against the head of state would be precluded by the doctrine of immunity. If that applied to the present case, and if the implementation of the torture regime is to be treated as official business sufficient to found an immunity for the former head of state, it must also be official business sufficient to justify immunity

43 Ver caso *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet*, in <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino2.htm>

44 Ver caso *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet*, in <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino2.htm>

for his inferiors who actually did the torturing. Under the Convention the international crime of torture can only be committed by an official or someone in an official capacity. They would all be entitled to immunity. It would follow that there can be no case outside Chile in which a successful prosecution for torture can be brought unless the State of Chile is prepared to waive its right to its officials immunity. Therefore the whole elaborate structure of universal jurisdiction over torture committed by officials is rendered abortive and one of the main objectives of the Torture Convention--to provide a system under which there is no safe haven for torturers--will have been frustrated. In my judgment all these factors together demonstrate that the notion of continued immunity for ex-heads of state is inconsistent with the provisions of the Torture Convention.

“For these reasons in my judgment if, as alleged, Senator Pinochet organised and authorised torture after 8 December 1988, he was not acting in any capacity which gives rise to immunity *ratione materiae* because such actions were contrary to international law, Chile had agreed to outlaw such conduct and Chile had agreed with the other parties to the Torture Convention that all signatory states should have jurisdiction to try official torture (as defined in the Convention) even if such torture were committed in Chile.”⁴⁵

Já o Lord Goff of Chieveley, quando exarou seu voto, fez breve referência à legitimidade da imunidade dos estados soberanos, estendendo esta, por consequência, aos chefes de estado respectivos.

“There can be no doubt that the immunity of a head of state, whether *ratione personae* or *ratione materiae*, applies to both civil and criminal proceedings. This is because the immunity applies to any form of legal process. The principle of state immunity is expressed in the Latin maxim *par in parem non habet imperium*, the effect of which is that one sovereign state does not adjudicate on the conduct of another. This principle applies as between states, and the head of a state is entitled to the same immunity as the state itself, as are the diplomatic representatives of the state. That the principle applies in criminal proceedings is reflected in the Act of 1978, in that there is no equivalent provision in Part III of the Act to section 16(4) which provides that Part I does not apply to criminal proceedings.”⁴⁶

45 Ver caso *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet*, in <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino2.htm>

46 Ver caso *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet*, in <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino2.htm>

Além disso, o Lord referido, assentou a diferença entre os atos praticados pelos chefes de Estado, como próprios da função, por públicos, daqueles por eles, eventualmente praticados, mas com caráter eminentemente particular, afastando, assim, a possibilidade de serem alcançados. Disse:

"In my opinion, the principle which I have described cannot be circumvented in this way. I observe first that the meaning of the word "functions" as used in this context is well established. The functions of, for example, a head of state are governmental functions, as opposed to private acts; and the fact that the head of state performs an act, other than a private act, which is criminal does not deprive it of its governmental character. This is as true of a serious crime, such as murder or torture, as it is of a lesser crime. As the Lord Chief Justice said in the Divisional Court:

"... a former head of state is clearly entitled to immunity in relation to criminal acts performed in the course of exercising public functions. One cannot therefore hold that any deviation from good democratic practice is outside the pale of immunity. If the former sovereign is immune from process in respect of some crimes, where does one draw the line?"

"It was in answer to that question that the appellants advanced the theory that one draws the line at crimes which may be called "international crimes". If, however, a limit is to be placed on governmental functions so as to exclude from them acts of torture within the Torture Convention, this can only be done by means of an implication arising from the Convention itself. Moreover, as I understand it, the only purpose of the proposed implied limitation upon the functions of public officials is to deprive them, or as in the present case a former head of state, of the benefit of state immunity; and in my opinion the policy which requires that such a result can only be achieved in a treaty by express agreement, with the effect that it cannot be so achieved by implication, renders it equally unacceptable that it should be achieved indirectly by means of an implication such as that now proposed."⁴⁷

Dessa forma, o que se vê, é que mesmo na seara internacional, e em caso tão emblemático, não havia uniformidade de posicionamentos entre as decisões, surgindo, conforme o excerto acima comentado, uma visão absoluta do instituto da imunidade internacional.

⁴⁷ Ver caso Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet, in <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino2.htm>

Já o Lord Hope of Craighead, em seu voto, embora afirmasse a natureza absoluta da imunidade em razão da matéria, relativamente a chefes de estado, mencionou a existência de pelos menos duas hipóteses de afastamento deste absolutismo. Referiu que: “It may be said that it is not one of the functions of a head of state to commit acts which are criminal according to the laws and constitution of his own state or which customary international law regards as criminal. But I consider that this approach to the question is unsound in principle. The principle of immunity *ratione materiae* protects all acts which the head of state has performed in the exercise of the functions of government. The purpose for which they were performed protects these acts from any further analysis. There are only two exceptions to this approach which customary international law has recognised. The first relates to criminal acts which the head of state did under the colour of his authority as head of state but which were in reality for his own pleasure or benefit. The examples which Lord Steyn gave [1998] 3 W.L.R. 1456, 1506B-C of the head of state who kills his gardener in a fit of rage or who orders victims to be tortured so that he may observe them in agony seem to me plainly to fall into this category and, for this reason, to lie outside the scope of the immunity. The second relates to acts the prohibition of which has acquired the status under international law of *jus cogens*. This compels all states to refrain from such conduct under any circumstances and imposes an obligation *erga omnes* to punish such conduct. As Sir Arthur Watts Q.C. said in his Hague Lectures, page 89, note 198, in respect of conduct constituting an international crime, such as war crimes, special considerations apply.”⁴⁸

No entanto, e mesmo com essa diferenciação operada, decidiu, ao final, que o General Pinochet só poderia ser processado por fatos cometidos após a assinatura do Tratado sobre Tortura, do qual o Chile foi signatário.

Lord Hutton, em seu voto, referiu, sobre o tema, que a reclamação do General Pinochet era a respeito de sua imunidade com chefe de estado, pois nessa condição praticou os atos que estava agora respondendo, tendo salientado que em nenhum momento tais atos decorreram de intenção de qualquer benefício particular

⁴⁸ Ver caso Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet, in <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino2.htm>

do Chefe de Estado do Chile, que não o de pretender a defesa de seu país, segundo seu entendimento, na ocasião.

No entanto, e mesmo assim, afastou a legitimidade de tais atos, ou a proteção destes, sob o instituto da imunidade de chefe de estado, tendo em vista o caráter universal de tal proibição, inclusive com previsão em tratado do qual o Chile foi signatário. Disse o Lord:

"It is clear that the acts of torture which Senator Pinochet is alleged to have committed were not acts carried out in his private capacity for his personal gratification. If that had been the case they would have been private acts and it is not disputed that Senator Pinochet, once he had ceased to be head of state, would not be entitled to claim immunity in respect of them. It was submitted on his behalf that the acts of torture were carried out for the purposes of protecting the state and advancing its interests, as Senator Pinochet saw them, and were therefore governmental functions and were accordingly performed as functions of the head of state. It was further submitted that the immunity which Senator Pinochet claimed was the immunity of the state of Chile itself.

"But the issue in the present case is whether Senator Pinochet, as a former head of state, can claim immunity (*ratione materiae*) on the grounds that acts of torture committed by him when he was head of state were done by him in exercise of his functions as head of state. In my opinion he is not entitled to claim such immunity. The Torture Convention makes it clear that no state is to tolerate torture by its public officials or by persons acting in an official capacity and Article 2 requires that:

"1. Each state party shall take effective legislative, administrative, judicial or other measures to prevent acts of torture in any territory under its jurisdiction."

"Article 2 further provides that:

"2. No exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification of torture."

"Article 4 provides:

"1. Each state party shall ensure that all acts of torture are offences under its criminal law. The same shall apply to an attempt to commit torture and to an act by any person which constitutes complicity or participation in torture."

"2. Each state party shall make these offences punishable by appropriate penalties which take into account their grave nature."

"Article 7 provides:

"1. The state party in the territory under whose jurisdiction a person alleged to have committed any offence referred to in article 4 is found, shall in the cases contemplated in article 5, if it does not extradite him, submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution."

"I do not accept the argument advanced by counsel on behalf of Senator Pinochet that the provisions of the Convention were designed to give one state jurisdiction to prosecute a public official of another state in the event of that state deciding to waive state immunity. I consider that the clear intent of the provisions is that an official of one state who has committed torture should be prosecuted if he is present in another state.

"Therefore having regard to the provisions of the Torture Convention, I do not consider that Senator Pinochet or Chile can claim that the commission of acts of torture after 29 September 1988 were functions of the head of state. The alleged acts of torture by Senator Pinochet were carried out under colour of his position as head of state, but they cannot be regarded as functions of a head of state under international law when international law expressly prohibits torture as a measure which a state can employ in any circumstances whatsoever and has made it an international crime. It is relevant to observe that in 1996 the military government of Chile informed a United Nations working group on human rights violations in Chile that torture was unconditionally prohibited in Chile, that the Constitutional prohibition against torture was fully enforced and that:

"It is therefore apparent that the practice of inflicting unlawful ill-treatment has not been instituted in our country as is implied by the resolution [a UN resolution critical of Chile] and that such ill-treatment is not tolerated; on the contrary, a serious, comprehensive and coherent body of provisions exist to prevent the occurrence of such ill-treatment and to punish those responsible for any type of abuse."⁴⁹

Quando de seu voto, Lord Saville of Newdigate, enfrentando a questão temporal abarcada pelas normas do Tratado sobre a Tortura, do qual o Chile foi signatário, referiu que sequer haveria a necessidade de autorização expressa do Estado Soberano para o levantamento da imunidade, uma vez que expressa tal concordância quando da assinatura do referido tratado. Assim, referiu em seu voto que:

49 Ver caso Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet, in <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino2.htm>

"Since 8 December 1988 Chile, Spain and this country have all been parties to the Torture Convention. So far as these countries at least are concerned it seems to me that from that date these state parties are in agreement with each other that the immunity *ratione materiae* of their former heads of state cannot be claimed in cases of alleged official torture. In other words, so far as the allegations of official torture against Senator Pinochet are concerned, there is now by this agreement an exception or qualification to the general rule of immunity *ratione materiae*.

"I do not reach this conclusion by implying terms into the Torture Convention, but simply by applying its express terms. A former head of state who it is alleged resorted to torture for state purposes falls in my view fairly and squarely within those terms and on the face of it should be dealt with in accordance with them. Indeed it seems to me that it is those who would seek to remove such alleged official torturers from the machinery of the Convention who in truth have to assert that by some process of implication or otherwise the clear words of the Convention should be treated as inapplicable to a former head of state, notwithstanding he is properly described as a person who was "*acting in an official capacity*".

"(...) For the same reasons it seems to me that the wider arguments based on Act of State or non-justiciability must also fail, since they are equally inconsistent with the terms of the Convention agreed by these state parties."⁵⁰

Lord Millet, interpretando o mesmo caso, mas estendendo seu pensamento sobre a gravidade da situação posta, não obstante as imunidades internacionais que os regiam, fez uma análise de como sempre foram tratadas as imunidades em razão da matéria, no espaço internacional, entre estados soberanos, trazendo, ainda, uma visão mais moderna a respeito, vislumbrando uma possibilidade de relativização de tal instituto. Referiu que:

"The doctrine of state immunity is the product of the classical theory of international law. This taught that states were the only actors on the international plane; the rights of individuals were not the subject of international law. States were sovereign and equal: it followed that one state could not be impleaded in the national courts of another; *par in parem non habet imperium*. States were obliged to abstain from interfering in the internal affairs of one another. International law was not concerned with the way in which a sovereign state treated its own

50 Ver caso Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet, in <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino2.htm>

nationals in its own territory. It is a cliché of modern international law that the classical theory no longer prevails in its unadulterated form. The idea that individuals who commit crimes recognised as such by international law may be held internationally accountable for their actions is now an accepted doctrine of international law. The adoption by most major jurisdictions of the restrictive theory of state immunity, enacted into English law by Part I of the State Immunity Act 1978, has made major inroads into the doctrine as a bar to the jurisdiction of national courts to entertain civil proceedings against foreign states. The question before your Lordships is whether a parallel, though in some respects opposite, development has taken place so as to restrict the availability of state immunity as a bar to the criminal jurisdiction of national courts.

“(…) In my opinion, crimes prohibited by international law attract universal jurisdiction under customary international law if two criteria are satisfied. First, they must be contrary to a peremptory norm of international law so as to infringe a *jus cogens*. Secondly, they must be so serious and on such a scale that they can justly be regarded as an attack on the international legal order. Isolated offences, even if committed by public officials, would not satisfy these criteria. The first criterion is well attested in the authorities and text books: for a recent example, see the judgment of the international tribunal for the territory of the former Yugoslavia in *Prosecutor v. Anto Furundzija* (unreported) given on 10 December 1998, where the court stated:

“At the individual level, that is, of criminal liability, it would seem that one of the consequences of the *jus cogens* character bestowed by the international community upon the prohibition of torture is that every state is entitled to investigate, prosecute, and punish or extradite individuals accused of torture who are present in a territory under its jurisdiction.”

“The second requirement is implicit in the original restriction to war crimes and crimes against peace, the reasoning of the court in *Eichmann*, and the definitions used in the more recent Conventions establishing ad hoc international tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda.”⁵¹

Embora vencido em seu posicionamento, Lord Millet entendia que o General Pinochet, pelos crimes denunciados, e pelas razões expostas pelo decisor, deveria responder por todos os fatos enquanto Chefe de Estado do Chile, tendo em vista

51 Ver caso *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet*, in <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino2.htm>

que adequados aos parâmetros por ele traçados, e não somente por aqueles ocorridos após a assinatura de Tratado sobre a Tortura.

Por último, mas não menos importante, o voto do Lord Philips of Worth Matravers, sustentando que o decisor não podia considerar que os atos atribuídos ao General Pinochet pudessem ser tidos como atos legítimos de Chefe de Estado, somente em parte, e naquelas anteriores ao Tratado sobre a Tortura, desta forma não fossem considerados, deixando claro seu entendimento de que crimes contra a humanidade, ou contra a lei internacional, neste aspecto, devem afastar a pretensa imunidade pretendida pelo General. Nesse sentido, afirmou:

“There can be no doubt that the conduct of which Senator Pinochet stands accused by Spain is criminal under international law. The Republic of Chile has accepted that torture is prohibited by international law and that the prohibition of torture has the character of jus cogens and or obligation erga omnes. It is further accepted that officially sanctioned torture is forbidden by international law. The information provided by Spain accuses Senator Pinochet not merely of having abused his powers as head of state by committing torture, but of subduing political opposition by a campaign of abduction, torture and murder that extended beyond the boundaries of Chile. When considering what is alleged, I do not believe that it is correct to attempt to analyse individual elements of this campaign and to identify some as being criminal under international law and others as not constituting international crimes. If Senator Pinochet behaved as Spain alleged, then the entirety of his conduct was a violation of the norms of international law. He can have no immunity against prosecution for any crime that formed part of that campaign.”⁵²

No entanto, durante as decisões atinentes ao caso Pinochet, decorrente da insistência dos requerimentos do Poder Judiciário espanhol, hoje há a possibilidade de enfrentamento de temas nevrálgicos relativos ao abuso do exercício do cargo de chefe de Estado, destoando tal atividade dos fins últimos da proteção à atividade tão sensível à soberania de um povo.

⁵²Ver caso Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet, in <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino2.htm>

No entanto, tais ponderações não deixaram livre de críticas o então Home Secretary Jack Straw, que tomou a decisão de possibilitar a extradição do ex-chefe de governo do Chile, trazendo, desde logo, à baila, a questão política que envolve, em última análise, qualquer apreciação sobre as imunidades, quer as de caráter internacional, quer as de caráter interno, como as parlamentares.

Na ocasião, a ex-primeira ministra britânica, Margaret Tacher, disse: “Make no mistake: Revenge by Left, not justice for the victims, is what the Pinochet case is all about. Senator Pinochet is in truth on trial, not for anything contained in Judge Garzon’s indictment, but for defeating communism. What the Left can’t forgive is that Pinochet undoubtedly saved Chile and helped save South America”⁵³, demonstrando que o posicionamento político, em um ou em outro sentido, dão matizes absolutamente diversas ao mesmo tema.

Nessa mesma publicação⁵⁴, Whelan, James R. sustentou que o tratamento diferenciado dispensado pelo Home Secretary Jack Straw, em casos de pedidos de extradição ou de processamento, como o de Helena Danielak, envolvida na morte de herói da resistência ao nazismo, além de ter determinado a prisão de oficiais do exército polonês; ou, como o pedido recusado, em Março de 1998, feito pela Alemanha, em relação à norte-irlandês Roisin McAliskey, acusada de ter participado de um atentado a bomba na boate Osnabruck, na Alemanha, sob o argumento de que estava grávida, e possivelmente sob a influência do estado puerperal; além de um outro caso, em que negou o prosseguimento e instauração de processo contra uma mulher de 87 anos, Melita Norwood, acusada de ter entregue segredos nucleares à URSS, durante 40 anos. Por tais decisões, o London Sunday Mail, publicou críticas no sentido de que “by not giving the same humanitarian consideration to Augusto Pinochet, Home Secretary Jack Straw is giving us to understand that for the new Labour Party there is one law for the Left and another for the Right”.

53 WHELAN, James R. **Putting the pinch on Pinochet**. Pro Quest Social Sciences Premium Collection, 1999; Pág. 1.

54 WHELAN, op. cit, p. 1.

E, ainda, com o cunho de tratamento eminentemente político do tema, Whelan, James R., sustentou que “Pinochet is, of course, the man who headed the 1973 revolution in Chile that put end to the nightmare of Salvador Allende’s attempt to fasten a totalitarian dictatorship on that country”⁵⁵, deixando claro seu posicionamento ideológico e, na eventual possibilidade de decidir a respeito de eventual imunidade, possuir, como de resto, qualquer órgão de cunho político, a ausência de imparcialidade necessária.

A relativa possibilidade de cometimento de crime contra a humanidade, em um primeiro momento, porventura justificado pela necessidade, ou pelos interesses do Estado, como aconteceu no Chile, onde milhares de pessoas, ou foram mortas, ou desapareceram, segundo as decisões da Casa dos Lordes, não podem ser tidos como justificados pelo desempenho de atividades voltadas ao cumprimento de um mandato de Chefe de Estado, uma vez que só por tal motivo foram adotadas pelo General Pinochet, o qual, segundo a Casa dos Lordes, se estivesse em outra situação, que não a de chefe de Estado, não teria realizado quaisquer daqueles atos atrozes, uma vez que interesse, ou relação pessoal, com qualquer das vítimas havia.

Assim, e ainda com a intenção de demonstrar a natureza polêmica do tema, cabe referir a manifestação de John Norton Moore, professor de direito internacional da Faculdade de Direito da Universidade da Virgínia, em Charlottesville, quando refere que a atuação de Garzon representou um passo atrás no tema dos direitos humanos, na esfera internacional.

Sustentou que “That countries evolving from authoritarian regimes to democratic government, as Chile did in Pinochet’s final years in power, should be allowed to deal with human rights matters internally. To promote outside prosecution might thwart those seeking democracy, he maintains. If you have a practice of prosecuting national leaders who voluntarily

55 WHELAN, op. cit, p. 3.

lead a transition to democracy, it is an enormous mistake to then be seeking to prosecute individuals internationally for human rights violations over objections from their own countries”⁵⁶.

O discurso de ódio, o discurso discriminatório, as ofensas puras e simples, sem qualquer vinculação com a função de Chefe de Estado, ainda que tomadas durante o período ocupado como tal, em cotejo com a necessidade de garantia da livre manifestação, também restaram enfrentados no caso Pinochet, trazendo à tona, como dito, posicionamentos diversos a respeito de temas intrinsecamente ligados ao tema das imunidades parlamentares, até o ponto de haver a necessidade de tentar dividir o que se entende por atividade de Chefe de Estado, no caso internacional; e o que, no caso interno, se entende como atividade legislativa.

Nesse aspecto, ainda no âmbito internacional, e em decorrência do exame do caso Pinochet, várias manifestações, de vários autores, foram expendidas, em um e outro sentido, se mostrando proveitosa a análise de algumas dessas manifestações, nos mais diversos países, a fim de se aferir, desde logo, primeiro, o vínculo existente com as imunidades parlamentares, de caráter interno; e, de outro, o posicionamento final deste trabalho, no sentido de fixar, ou pretender fixar uma trilha a ser seguida, de forma segura, a fim de garantir, como fim último, a manifestação da soberania popular, por intermédio de seus legítimos representantes, sem que isso, contudo, redunde em prerrogativas, garantias, privilégios e obstáculos que venham a beneficiar, tão somente, os parlamentares, aqui, como, e historicamente isso se repete, chefes de Estado, inescrupulosos, que, sob o pálio da alegada atuação em prol do povo, apropriam-se, de forma ilegítima, de instituto que não lhes pertence, de forma pessoal, mas circunstancial, sempre em busca da manutenção de uma democracia perene e que atenda aos anseios daqueles que lá os colocaram.

56 MORREISSEY, Siobhan. **In Report Information from ProQuest**. ABA Journal, vol. 87, pág. 66-70, Mar/2001. Chicago, USA. ISSN 07470088.

Não só doutrinadores e pensadores políticos se manifestaram a respeito da questão enfrentada no caso Pinochet, em especial, mas que teve reflexos nos mais diversos aspectos atinentes à soberania internacional dos Estados.

Nesse sentido, e depois do retorno de Pinochet ao Chile, as manifestações do próprio povo chileno permaneceram divididas. O Poder Judiciário Chileno, na ocasião, entendeu possível o processamento do então senador, determinando, assim, o levantamento de sua imunidade parlamentar, como reflexo direto daquela iniciativa do Poder Judiciário Espanhol, no sentido de postular sua extradição, em razão, não só, da natureza dos crimes alegadamente cometido, como pelo fato de terem sido cometidos contra espanhóis, natos, ou por descendência.

“I think Garzon definitely has secured his place in history and his status as a hero of human rights law”, disse David P. Stoelling⁵⁷, membro da International Criminal Law Committee of the ABA Section of International Law and Practice.

Completo referindo que “The Pinochet case raised awareness of human rights violations and sparked similar investigations of other former government leaders”.⁵⁸

O próprio B. Garzón, quando ouvido por Siobhan Morrissey, referiu que em relação às imunidades internacionais, e aos crimes graves, “I’ve always thought that in order to face certain types of crimes, modern crimes, organized crimes, violent crimes, the interpretation of the law has to be aggressive and not restrictive. If not, it would be impossible to advance”.⁵⁹

57 MORREISSEY, Siobhan. **In Report Information from ProQuest**. ABA Journal, vol. 87, pág. 66-70, Mar/2001. Chicago, USA. ISSN 07470088.

58 MORREISSEY, Siobhan. **In Report Information from ProQuest**. ABA Journal, vol. 87, pág. 66-70, Mar/2001. Chicago, USA. ISSN 07470088.

59 MORREISSEY, Siobhan. **In Report Information from ProQuest**. ABA Journal, vol. 87, pág. 66-70, Mar/2001. Chicago, USA. ISSN 07470088.

Refere, ainda, que “the sovereignty of a country should be understood. But that doesn’t give you a right to commit crime, assassinations, massive executions, torture. That is to say, this is a prostitution of the principles of sovereignty”.⁶⁰ Refere, ao final, seu pensamento no sentido de que aqueles que possuem maior poder e maior instrução, deverão ser considerados como menos propensos ao descumprimento da lei, e, em caso contrário, mais grave mente considerados em relação à culpabilidade por seus atos, situação que, a toda evidência, perpassa pelas imunidades parlamentares, sobremaneira.

Há, portanto, um viés, aqui, bastante forte no sentido de se saber até que ponto o pacto político, formado entre o eleitor-cidadão, e seu representante, determinam a obediência à vontade popular e, de outro lado, até que ponto, no âmbito internacional, o respeito pelos demais países deve levar isso em consideração, sob pena de se respeitar a soberania ilegítima de eventual país, sob o argumento de que esta é absoluta, sem nenhuma ingerência legítima externa.

Dando uma visão mais imparcial, e com a possibilidade de adequação à questão interna das imunidades parlamentares, Cláudio Grossman, a Chilean who is dean of Washington College of Law at American University in Washington, sustentou que “An international criminal court would be the best vehicle for cases such as Pinochet’s because it would provide uniform presecution, trial and punishment for war crimes, crimes against humanity and related human rights violations”.⁶¹

A fuga do assunto, por extenso, deve ser evitada. Assim, e considerando o ponto aqui pretendido a ser enfrentado, passo a análise, tanto do caso Pinochet, com suas decisões específicas, bem como das opiniões coletadas a respeito, tando da decisão do Reino Unido, como da situação vivenciada pelo povo chileno, aquela época, a fim de demonstrar os pontos que restaram esclarecidos a respeito, com

60 MORREISSEY, Siobhan. **In Report Information from ProQuest**. ABA Journal, vol. 87, pág. 66-70, Mar/2001. Chicago, USA. ISSN 07470088.

61 MORREISSEY, Siobhan. **In Report Information from ProQuest**. ABA Journal, vol. 87, pág. 66-70, Mar/2001. Chicago, USA. ISSN 07470088.

direta influência, ou com repercussão no âmbito das imunidades parlamentares internas.

Saliento que o caso escolhido, como suso referido, se deveu exatamente ao fato de que, se de um lado o General Pinochet era ex-chefe de Estado de um país sul-americano, de outro, as decisões e temas levantados em discussão internacional o foram, principalmente, no continente europeu, trazendo a possibilidade de esse primeiro confronto de posições entre ambos os continentes.

O tema aqui, ainda merece outros desdobramentos, mais precisamente no que se pretende definir como exercício legítimo de uma mandato, quer na esfera internacional, quer na esfera interna.

Ainda que haja a sustentação, no caso Pinochet, no sentido de que o ex-Chefe de Estado, quando agiu de forma violenta, contra cidadãos de seu próprio país, bem como contra cidadãos, ainda que chilenos, com vinculação pelas mais diversas razões, com outros países, trouxe à tona a necessidade de enfrentamento a respeito da definição do limite de atuação de um chefe de estado, ou de um parlamentar, a fim de garantir o correto, escorreito e lícito atuar político, com exercício pleno dos poderes a ele inerentes, sem que venha a fugir dos propósitos lançados nas normas que determinaram, ou que determinam suas atuações.

A crítica lançada sobre a impossibilidade de, tanto os chefes de estado, quanto os parlamentares, lançarem mão de discursos de ódio, de atos de crueldade, discriminatórios, racistas, homofóbicos, de cunho instigador de revoltas e conflitos, ainda que sob o argumento de assim estarem agindo em prol de seus mandatos e, em última análise, representando aqueles que os escolheram como representantes, afasta a aceitação de legitimidade no momento em que se examina e se verifica a possibilidade de os mesmos fins serem alcançados de forma democrática e dentro da legalidade, ao contrário do que sustentado, por exemplo, em sistemas totalitários

que, nunca, usaram argumentos diferentes, que não os de alcançarem e buscarem o bem de todos, contra eventuais ameaças, ainda que existentes.

A proteção buscada pelas imunidades, como a própria palavra deixa transparecer, no sentido léxico, não é aquela do atuar sem critérios, sem observância da legalidade, sem adoção e observância dos procedimentos legalmente previstos, sob pena de esvaziar instituto de existência, dentro de parâmetros ainda a serem enfrentados, vital para a manutenção de uma democracia participativa, com divisão de poderes e reconhecimento de garantias e direitos fundamentais.

2. Imunidades no âmbito interno.

A interação entre os âmbitos interno e externo, com relação às imunidades, é latente, tendo sido demonstrada pela afirmação de Sascha Hardt no sentido de que “Parliamentary immunity belongs to the core of constitutional norms which regulate the powers and functioning of the central institutions of a state. This makes immunity primarily a national phenomenon. Nevertheless, it also has an international dimension, within we can distinguish two levels. On a general international level, immunity systems across the world share certain characteristics and mostly follow one of two leading patterns – that of Westminster-type parliamentary privilege or that of French parliamentary immunity”,⁶² divisão que mais adiante se enfrentará para fins de delimitação deste trabalho.

Saindo do âmbito internacional, a evolução das imunidades, agora no âmbito interno, nas mais variadas atividades pelas quais os povos, ao longo da história, dividem suas funções, cabe, ainda que de forma breve, uma referência, ou inferência sobre as origens históricas das imunidades.

Nesse aspecto, é de se ressaltar que, ainda que as imunidades parlamentares, objeto deste trabalho, tragam inúmeras e importantes discussões,

⁶² HARDT, op. cit, p. 16.

considerando que detidas por membros de um dos três poderes atualmente tidos como basilares de uma democracia, não só a estes se dirigiram.

Historicamente, muito se tem discutido a respeito das imunidades atinentes às atividades dos juízes, promotores de justiça, advogados, presidentes, primeiros ministros, todas elas, aqui, sempre no âmbito interno.

A tônica de todas elas - e como referido, não se pretendeu aqui aprofundá-las, em exame detalhado, por fora do propósito inicial do trabalho -, se mostram, por estarem vinculadas a funções mais precisas, as quais, ainda que com funções de natureza política engendradas, possuem, por técnicas, a possibilidade de aferição mais precisa a respeito de eventual desvio de objetivos, os quais, pelo fato de interligações entre elas, podem ser fiscalizados de forma direta pelos personagens atuantes na esfera de cada uma, facilitando o controle e os rumos de atuação.

2.1. Imunidades parlamentares.

As imunidades parlamentares, agora, e depois de enfrentados os possíveis pontos de contato entre estas e as demais formas de imunidade, quer no âmbito interno, quer no âmbito internacional, passam a merecer, a partir daqui, a análise crítica pretendida neste trabalho, com a necessária acuidade para, ao final, entender o instituto, explicá-lo, aprimorá-lo, justificá-lo, na medida do estritamente necessário, e de forma a relegitimá-lo, ou firmar a posição de que sempre foi legítimo, ainda que com a necessidade de fixação de parâmetros modernos, sob pena de transformá-lo em meros obstáculos processuais e democráticos.

Na opinião de Sascha Hardt, “According to broad consensus, the *raison d’être* of parliamentary immunity is to protect parliament, the central institution of modern representative democracy, from undue external influence. Elected representatives, who collectively personify the public will and translate it into the laws which govern our lives, need to be able to debate freely in

parliament and to discharge their mandate independently. They must not fear politically motivated prosecution or other forms of obstruction of the parliamentary process. This is what immunity tries to achieve by the partial exemption of members of parliament from the application of the law and the ordinary course of justice”⁶³.

Nesse aspecto, ainda, com a intenção de definir parâmetros a serem seguidos no decorrer deste trabalho, cabe enfrentar, de alguma forma, a questão da definição a respeito das imunidades parlamentares.

Embora referindo a dificuldade de uma definição precisa de tema tão vasto, e com tantas variantes possíveis, a depender do estado político e social no qual o instituto vem previsto, Sascha sustenta que “In a very broad sense, parliamentary immunity is a legal instrument which inhibits legal action, measures of investigations, and law enforcement in civil or criminal matters against members of the legislature”⁶⁴, deixando, como adiantado, demonstrada a abrangência amplíssima do conceito possível, o qual, necessariamente, deve ser enfrentado a medida do desenvolvimento do estudo, com a necessária redefinição e especificação, sob pena de pecar pela vaguidão.

No entanto, e independentemente do país no qual previsto o instituto das imunidades, neste espectro de atividades parlamentares vai vaguear, as vezes mais abstrato e genérico, por outras, mas preciso e restritivo.

2.2. Apanhado histórico.

O apanhado histórico, por já enfrentado por diversos autores, quase que impede, para aqueles que já mantiveram contato com o tema, a possibilidade de se trazer qualquer novidade reveladora a respeito.

63 HARDT, op. cit, p.01.

64 HARDT, op. cit, p. 03.

Contudo, e sem a pretensão da revelação, aqui me proponho a, sim, enfrentar e fixar os pontos originários do instituto, mas, e mais que isso, deixar claro que do surgimento remoto, ao aperfeiçoamento mais moderno, dois polos restaram perfeitamente delimitados e, desta delimitação, por conseguinte, dois ramos de enfrentamento das imunidades parlamentares também se fixaram, com características e consequências bastante divergentes, entre um sistema e outro.

A rigor, a origem do instituto se ateve mais à necessidade de se garantir o ir e vir dos representantes do povo, sem que se ativesse às opiniões e atos por estes publicizados.

Depois, além disso, as opiniões e manifestações de vontade, por meio de votos, ou outra forma de escrutínio da vontade, também passou a merecer a proteção do instituto das imunidades.

A primeira instituição reconhecida como hoje entendemos o Parlamento do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, formada pela Assembleia Central dos Lordes Feudais, além do clero e membros ligados à Coroa, foi conhecida como Curia Regis or King's Council.⁶⁵

No entanto, o desenvolvimento desta condição até a do atual Parlamento do Reino Unido, segundo Sascha Hardt, não tem como um ponto claro a ser apontado para a ocorrência dessa alteração. No entanto, refere a autora que "... the year 1215, in wich the tenants-in-chief secured Magna Carta from de King, significantly limiting the power of the Monarch and strengthening their own, is often thought to be that moment. In any event, it is sufficient for us note the existence of a direct ancestral relationship between the ancient Norman assembly and what eventually was to become Westminster Parliament".⁶⁶

Tidos como os delimitadores das origens modernas das imunidades parlamentares, conforme se pode verificar neste corte histórico, os sistemas

65 HARDT, op. cit, p. 57.

66 HARDT, op. cit, p. 59.

originários no Reino Unido e na França merecem absoluta atenção, desde suas raízes históricas. Assim: "The origins of parliamentary immunity date back to the session of the English Parliament which ran from 12 January to 12 February 1397, when the House of Commons passed a bill denouncing the scandalous behaviour at the court of King Richard II of England and the excessive financial burdens to which this gave rise. Thomas Haxey, the Member who was behind this direct act against the King and his court, was put on trial and sentenced to death for treason. Following pressure applied by the Commons, however, the sentence was not carried out, and Haxey received a royal pardon.

"This event prompted the House of Commons to review the question of the right of Members of Parliament to discuss and debate in complete autonomy and freedom, without interference from the Crown. Freedom of speech, introduced into the House of Commons at the beginning of the sixteenth century, was confirmed in Article 9 of the 1689 Bill of Rights which expressly protected discussions and acts of Members of Parliament from any form of interference or objection from outside Parliament.

"Freedom from arrest also has an ancient English origin, but this privilege was connected, as we have seen, essentially with measures to restrict personal freedom resulting from civil proceedings.

"In France, too, after the 1789 Revolution, the need was established to guarantee the non-liability of elected representatives for opinions expressed by them in the performance of their duties. Such nonliability was enshrined in law by the famous Decree of 23 June 1789, approved on a proposal from Mirabeau, which was followed by the proclamation, in a Decree dated 26 June 1790, of the privilege whereby Members of the Assembly might not be indicted without the latter's authorisation.

"Through successive stages, this second type of immunity was gradually made more and more specific and clarified in the sense that the privilege is aimed essentially at the activity of the criminal courts and relates to any accusation, even those unconnected with the duties performed by the Member of Parliament. The 1791 Constitution, which lays down the first constitutional rule governing this immunity, already contains the essential nucleus of its system: '[Representatives of the Nation] may, for criminal acts, be arrested in flagrante delicto, or by virtue of a warrant of arrest; but the legislative body shall be notified thereof without delay, and

proceedings may not be continued until the legislative body has decided that charges should be brought'.

"The relatively wider scope of parliamentary privileges in France, which were taken from the English model only in part, is closely connected with the position of superiority over the other bodies of the State which the National Assembly and its Members acquired within the context of the Revolution and with the exercise of powers which are a reflection of the principle of national sovereignty.

"Since then, parliamentary immunity has been enshrined as such in the other countries of continental Europe where the French model, with its dual aspects of non-liability/inviolability, seems to have exerted a predominant influence."⁶⁷

2.3. França e Inglaterra. Regimes paradigmáticos.

Assim, tendo, após evolução histórica do instituto das imunidades parlamentares, restado, de forma clara, fixadas as duas diretrizes básicas a respeito, qual sejam, o sistema adotado pela França, e o sistema adotado pelo Reino Unido, necessário se faz examinar, de forma mais acurada, quais as características básicas de um e outro sistema, a fim de se aferir, ao longo do trabalho, em que momento um se sobrepõe ao outro e, por outro lado, se há uma prevalência tendencial de um sobre o outro, atualmente.

O que se pretende é, não definir a existência de um mais adequado que outro, mas, e por outro lado, como os próprios povos envolvidos, e mais precisamente o povo brasileiro e o povo português, vem acolhendo em suas leis os regimes em análise.

O regime inglês, advindo, como já referido, do Bill of Rights, teve, e mantém muito próximo disso, o entendimento de que os atos parlamentares praticados no interior do parlamento, possuem, em regra, a proteção das imunidades

67 ALLEN, Marília Crespo. **Workingpaper, parliamentary immunity in the members states of the European Union and in the European Parliament**, Legal Affairs Series. W 8. Publisher: European Parliament. L-2929 Luxemburg, 1999.

parlamentares, por presunção, quase que absoluta, de que, se praticados no parlamento, com o exercício do mandato se vinculam e, portanto, nenhuma dúvida trazem sobre sua natureza.

Além disso, tais atos, por tais características e natureza, possuem natureza absoluta e definitiva, não podendo, em função disso, ser questionados, mesmo após o término do exercício do mandato pelo parlamentar que, de qualquer forma, tenha se valido do instituto das imunidades.

A intenção inicial, portanto, é de buscar uma forma de definição de ato parlamentar, sendo, no caso do Reino Unido, definido pelo local onde tenha havido a manifestação do parlamentar, tornando isso claro pelo fato de que o regime entende impossível ao parlamentar, aceitar ou requerer o levantamento de sua imunidade, por ser esta tida como de titularidade do Parlamento, como poder, e não do parlamentar, deixando transparecer, mais uma vez, o caráter público do instituto das imunidades parlamentares, sem qualquer, ou melhor, sem a direta vinculação à pessoa do parlamentar.

Sascha Hardt refere que os países que seguem o modelo de imunidade parlamentar de Westminster, limitam as imunidades apenas a non-accountability. Salienta a autora que “For all practical purposes, Westminster-type immunity is limited to non-accountability. Members of the British Parliament or other parliament using Westminster-type immunity enjoy the privilege of freedom of speech: they may not be held legally accountable for the content of their statements in parliament, except, as the case may be, by parliament itself (an example being for contempt).”⁶⁸

De outro lado, o regime adotado pela França, e também difundido em inúmeros países, advindo, principalmente da Revolução Francesa, e da Declaração Universal dos Direitos do Homem, deixou transparecer, de outro lado, um poder quase que absoluto ao Parlamento, o qual, segundo a visão revolucionária

68 HARDT, op. cit, p. 06.

iluminista, era o detentor da vontade soberana do povo, em sua maioria, e por isso, merecedor de respeito absoluto, e mais, da absoluta necessidade de ser expressado, fosse da forma que fosse, sem que viesse a sofrer qualquer ingerência externa, por parte de outro poder, ou mesmo de quaisquer outras forças, deixando claro que, a partir daí, o instituto das imunidades parlamentares, para as nações que adotaram esse regime, passaram a ter barreiras maiores e de difícil transposição, por vezes legítimas, em outras, nem tanto.

Aqui, segundo Sascha Hardt “It is sometimes also referred to as the French type of parliamentary immunity. In these systems, inviolability of members of parliament adds a second layer of protection to basic non-accountability. In effect, parliamentarians who enjoy the continental form of parliamentary immunity benefit from both non-accountability and inviolability: they never be held accountable for what they have said in parliament. In addition, they may in principle not be deprived of their liberty without the authorisation of parliament”.⁶⁹

Desse sistema francês decorrem as inviolabilidades de não permitir investigações, processamentos ou mesmo aplicações de penas, como adiante se verá.

Nesse ponto, e da análise das previsões atinentes ao instituto, tanto no Brasil quanto em Portugal, é possível se afirmar que, de forma mais direta, ambos os países adotaram o sistema francês das imunidades, ainda que, com o passar do tempo, e necessidade de adequação às circunstâncias surgidas, tais previsões tenham sido temperadas e, tanto em um país quanto em outro, permanece a necessidade de aprimoramento do sistema das imunidades, afastando, entre outras situações, a possibilidade de corrupção, tão sensível a ambas as nações.

3. Influências e interligações entre as duas esferas.

Ao final deste primeiro capítulo, o qual, longe de exaurir o tema, pretendeu dar uma visão geral a respeito do instituto das imunidades, com alusão,

⁶⁹ HARDT, op. cit, p. 06.

ainda, às imunidades de caráter internacional, pretendo, para justificar este início de trabalho, deixar demonstrado, e novamente trazendo à discussão o caso Pinochet, quais os principais pontos de contato possíveis de serem constatado quando da decisão deste caso, mesmo em relação às imunidades parlamentares, e de caráter interno, portanto, tanto na Europa, quanto na América do Sul, locais do planeta com realidades absolutamente diferentes, mas que pretendem discutir tema nevrálgico à democracia, de forma muito parecida e equilibrada.

Assim, e aqui entendo a existência de contatos entre a esfera internacional e interna, cabe transcrever - por relevantes e delimitadoras de parâmetros, os quais deverão ser usados, também em relação às imunidades parlamentares -, o apurado quando de decisão de temas como o discurso do ódio, local da manifestação, crimes cometidos no desempenho das funções e fora delas, afastamento dos propósitos do mandato, alcance extraterritorial de ações, possibilidade de permitir o acesso à justiça, avaliação da existência de igualdade perante à lei, entre outros pontos de mesma relevância, a seguir enfrentados.

CAPÍTULO II – Princípios norteadores das imunidades parlamentares.

1. Princípios no Reino Unido

A sensação que se obtém, após a análise das disposições e princípios do Reino Unido, a respeito das imunidades parlamentares, dá conta de que estes pretendem garantir, em última análise, a separação e independência do Poder Legislativo, de forma absoluta.

Contudo, tais previsões, se de um lado pretendem garantir essa quase que soberania do Parlamento sobre os demais poderes, ou em relação aos demais poderes; de outro lado, fixa como limites dessa atuação, como se poderá ver, aquela

desempenhada nos limites físicos do Parlamento, afastando, ou pretendendo afastar, o uso indevido e desvirtuado de ditas imunidades, de forma cada vez mais direta.

Segundo Sascha Hardt “Privilege is not simply the British synonym for parliamentary immunity; it also bears reference to the special status of Westminster Parliament and the law governing parliamentary affairs within British law.”⁷⁰

Nesse contexto, ainda segundo a autora antes referida, a definição de privilégio mais comumente aceita é aquela dada por Erskine May’s Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament:

“Parliamentary privilege is the sum of the peculiar rights enjoyed by each House collectively as a constituent part of the High Court of Parliament, and by members of each House individually, without which they could not discharge their functions, and which exceeds possessed by other bodies or individuals.”⁷¹

A base legal para as imunidades parlamentares, no Reino Unido, está fundada, em parte, nos costumes e, em parte, em textos legais esparsos, quer na Carta Magna, quer em leis e regulamentos normatizadores.

Wittke, referido por Sascha Hardt, refere que “With regard to parliamentary privilege, the legal relationships between the House of Commons, the House of Lords and the courts have for a long time been very complicated and utterly vague”⁷².

Nesse sentido, segundo a doutrina prevalente, o dilema do tratamento entre tais instituições, sempre permeou a discussão a respeito da incidência, ou

70 HARDT, op. cit, p. 54.

71 McKAY et al. 2004, p. 75 apud HARDT, Sascha. **Parliamentary immunity. A comprehensive study of the systems of parliamentary immunity of the United Kingdom, France, and the Netherlands in a european context.** Intersentia Ltd. Trinity House. Cambridge Business Park. United Kingdom. 2013. pág. 55.

72 WITTKKE, 1970, p. 39 apud HARDT, Sascha. **Parliamentary immunity. A comprehensive study of the systems of parliamentary immunity of the United Kingdom, France, and the Netherlands in a european context.** Intersentia Ltd. Trinity House. Cambridge Business Park. United Kingdom. 2013. pág. 72.

autonomias, da *lex parliamenti* e da *lex terrae*, levando Sascha Hardt a a firmar que “The UK has never adopted conclusive constitutional rules to demarcate *lex parliamenti* from *lex terrae*, and has instead opted for constitutional uncertainty – or flexibility”.⁷³

Com relação a esta indefinição a respeito da possibilidade de as cortes terem acesso a decisões que envolvam as questões do parlamento britânico, Chafetz propôs três possibilidades de relação entre a *lex parliamenti* e a *lex terrae*, com relação a possibilidade de atuação do Poder Judiciário em relação às imunidades parlamentares. A seguinte é sua proposta:

“(1) the courts have no say whatsoever in *lex parliamenti* and both powers are fully exercised by Parliament. Parliament defines the legal nature and the content of privilege. In addition, it has exclusive jurisdiction to decide whether or not a certain matter involves privilege, that is, whether that matter comes within the sphere of its application.

“(2) the courts can adjudicate on the extent but not on the interpretation and application of *lex parliamenti*. Parliament has the sole power to define the nature and content of privilege. The courts retains jurisdiction to determinate whether or not privilege is at issue in a case before them.

“(3) the courts are competent to exercise both powers, namely, to review the extent and the interpretation and application of the *lex parliamenti*. The courts fully treat privilege as part of the law of the land: they have the power to define the nature and content of privilege and they also have jurisdiction to decide whether privilege is at issue in a certain case.”⁷⁴

Sascha Hardt, ao enfrentar o tema questiona se a teoria da existência de dois sistemas legais, *lex parliamenti* e *lex terrae*, separados e independentes entre eles, é desatualizado, pelo fato de a lei parlamentar, incluindo os privilégios entre elas, são parte da lei da terra, ao invés de possuírem toda essa autonomia e

⁷³ HARDT, op. cit, p. 75.

⁷⁴ CHAFETZ 2007, p. 27 apud HARDT, Sascha. **Parliamentary immunity. A comprehensive study of the systems of parliamentary immunity of the United Kingdom, France, and the Netherlands in a european context.** Intersentia Ltd. Trinity House. Cambridge Business Park. United Kingdom. 2013. pág. 76.

independência, tendo respondido, em razão de vários posicionamentos doutrinários nesse sentido.⁷⁵

Não obstante tudo isso, ainda há, na intenção deste trabalho, o posicionamento de Chafetz que, embora considere a existência dos dois âmbitos legais, conforme acima definidos, a necessidade de a decisão sobre a transposição das fronteiras entre eles ainda caber ao Poder Judiciário.⁷⁶

De outro lado, e segundo Simon Wigley⁷⁷, o art. 9º do Bill of Rights⁷⁸, forma a base do modelo por ele intitulado Legislative Agency Model, o qual restou disperso nos demais países colonizados pelo Reino Unido, referindo que, inclusive, a Constituição dos Estados Unidos da América possui a mesma redação.

Nesse mesmo sentido, Sascha Hardt refere que “The most important component of Westminster parliamentary privilege law is still based on Article 9 of the Bill of Rights 1689. The Bill of Rights is a piece of statutory legislation designed for the Parliament of the 17th century, which, despite having been prima facie the very same institution performing roughly the same tasks, is in many way hardly comparable with its modern counterpart. Hence, the application and interpretation of Article 9 to the Parliament of the 21th century is difficult from the outset”.⁷⁹

Além disso, e demonstrando a pertinência da divisão aqui operada, salientou o autor que na França, dessa forma se deu o início das previsões a

75 Refere Sascha Hardt que tal situação já fora observada por Wittke, em 1920, depois de Burdett, Stockdale e Bradlaugh, mas antes de Graham-Campbell, Strauss e todos os demais casos legais, os quais, segundo Wittke, “courts and Parliament are today in practical agreement that the law of Parliament is part of the law of the land, and there can be no privilege of which the courts cannot take cognizance”. Wittke 1970, p. 171 in HARDT, Sascha. *Parliamentary Immunity. A Comprehensive Study of the systems of parliamentary immunity of the United Kingdom, France, and the Netherlands in a European Context*. Intersentia Ltd. Trinity House. Cambridge Business Park. United Kingdom. 2013. pág. 96.

76 CHAFETZ 2007, p. 47 apud HARDT, Sascha. **Parliamentary immunity. A comprehensive study of the systems of parliamentary immunity of the United Kingdom, France, and the Netherlands in a european context**. Intersentia Ltd. Trinity House. Cambridge Business Park. United Kingdom. 2013 pág. 97.

77 WIGLEY, Simon. **Parliamentary immunity: protecting democracy or protecting corruption?** The journal of Political Philosophy: Vol. 11, Nº 1, Turkey, 2003.

78 Art. 9º, Bill of Rights: That the freedom of speech and debates or proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parliament.

79 HARDT, op. cit, p. 102.

respeito das imunidades parlamentares, em 1789, sendo que, nos anos seguintes, passou a haver previsão da necessidade de autorização previa do parlamento para o processamento e eventual condenação dos parlamentares, surgindo, a partir de então, o modelo Authorization Model, que foi desenvolvido e difundido em diversas democracias representativas pelo Mundo.

Mas, para além dessa primeira abordagem, essa diferenciação relevante, não só pela delimitação do alcance de um e de outro modelo, mas também para demonstrar as duas grandes correntes e formas de tratamento no mundo atual, serão melhor desenvolvidas em capítulo próprio ao controle das imunidades parlamentares, servindo, esta passagem, para anúncio do tema.

No Reino Unido, as imunidades parlamentares existem, portanto, para proteger a instituição Parlamento, bom como o direito dos cidadãos de serem bem representados naquela Casa. Assim, no dizer de Allen, “No privilege attaches to individual Members of Parliament as such”⁸⁰.

Sascha Hardt refere que “Today, parliamentary privilege is still regarded as essential to the proper functioning of Parliament. As a principle, the rule that Parliament should therefore enjoy certain powers to govern and protect itself remains therefore relatively intact as a basic feature of British constitutionalism”⁸¹.

Como já referido, quando mencionada a origem histórica das imunidades parlamentares, tal instituto, no Reino Unido, veio previsto desde o Bill of Rights 1689. Este estatuto, refere Allen, também impediu, e ainda impede, os tribunais de examinarem judicialmente qualquer outro processo do Parlamento, não ficando o parlamentar responsável por seus atos ou discursos e pronunciamentos, perante os tribunais, quando tais ocorridos no interior do Parlamento.

⁸⁰ ALLEN, op. cit, p. 137.

⁸¹ HARDT, op. cit, p. 97.

Assim, as duas casas tem o poder de julgar o ato de seus membros, não sendo tal poder estendido a nenhum outro lugar.

Caso emblemático do caráter de garantia do Parlamento, por atos praticados no seu interior, surgiu na decisão de *R. v. Graham Campbell ex parte Herbert* (1935 1KB 594),⁸² quando a pretensão de buscar o Poder Judiciário em razão de acusação de venda de bebidas, por parte de um parlamentar, no interior do Parlamento, foi negada por ausente a autorização da Casa. O caso resta melhor entendido quando apreciados os fundamentos dos órgãos decisores.⁸³

Cabe salientar, mais uma vez, que o instituto das Imunidades Parlamentares, no Reino Unido, sempre se pautou por garantir as atividades do Parlamento, adotando tais atividades como aquelas praticadas pelos representantes do povo, no interior do Parlamento, confirmando, assim, no dizer de Allen, que

82 ALLEN, op. cit, p. 137.

83 Lord Hewart CJ, Avory, Swift JJ. Mr A P Herbert had laid two informations at Bow Street Police Station for summonses against fifteen named Members of Parliament, who were members of the Kitchen Committee of the House of Commons and the manager of the Refreshment Department of the House alleging the unlawful sale of alcohol without a licence contrary to the 1910 Act. The Chief Metropolitan Magistrate held that the Members of Parliament were not susceptible to the jurisdiction of the court because they were protected by the privileges of the House. Mr Herbert sought an order of mandamus. The Attorney General argued in reply:- ‘The House sits for long periods and arrangements have to be made for heating the House when the weather is cold and the provision of refreshment for the mind in the library and refreshment for the body in suitable places. The regulation of those matters is clearly within the area of the internal affairs of the House and connected with the affairs of House.’ Held: The request was rejected. Lord Hewart CJ accepted the AG’s argument and upheld the magistrate’s decision and the reasoning of the magistrate. Only as an afterthought did he express the view that the majority of the provisions of the 1910 Act were inapplicable to the House of Commons. Avory and Swift JJ agreed, albeit that Avory devoted most of his judgment to the question of whether the Act on its true construction applied to the House of Commons. Lord Hewart said: ‘the magistrate was entitled to say, on the materials before him, that in the matters complained of the House of Commons was acting collectively in a matter which fell within the area of the internal affairs of the House, and, that being so, any tribunal might well feel, on the authorities, an invincible reluctance to interfere.’ **Statutes: Licensing (Consolidation) Act 1910.** (<http://swarb.co.uk/rex-v-graham-campbell-ex-parte-herbert-1935/>)

“Individual Members of Parliament do not have, and never have had, any immunity from the operation of criminal law”⁸⁴.

Assim, e com o temperamento necessário, quando do cotejo dos sistemas, há a facilidade de notar que o sistema português e brasileiro, neste aspecto, se aproximam mais daquele existente na França.

Dessa forma, e por tais motivos, não há a previsão de as imunidades parlamentares, no Reino Unido, serem passíveis de renúncia direta dos parlamentares, pois a eles, diretamente, não são endereçadas.

A inviolabilidade, mais antiga do que a irresponsabilidade, no seu início, impedia que um parlamentar fosse detido por dívidas civis. Atualmente, contudo, existem para impedir que um parlamentar seja detido por uma ofensa civil, situação, esta, atualmente, em desuso.

Contudo, um membro do Parlamento ainda não pode ser submetido a comparecer a tribunais como testemunha em qualquer tipo de ação, o que, contudo, na prática, não vem sendo reclamado, estando o costume a inobservar a norma posta.

Assim, e na prática, o que permanece, efetivamente, como em exercício no Reino Unido, é a irresponsabilidade dos parlamentares, por seus atos ou discursos, feitos dentro do Parlamento, em quaisquer de suas esferas, diretamente ligadas à atividade parlamentar.

No entanto, e ainda assim, tais atos e discursos, como já adiantado, devem, necessariamente, estar conectados com a atividade parlamentar, embora, esta consideração seja decidida pela própria casa. Allen confirma que “Parliamentary legal privilege allows full freedom of speech and action in Parliament, which now mainly applies to the protection of Peers and Members from private actions concerning things said or done in

⁸⁴ ALLEN, op. cit, p. 137.

proceedings in Parliament in connection with parliamentary business”⁸⁵. E, ainda, de forma clara, como até aqui defendido, há uma estipulação a respeito do que se deverá entender por “proceedings in Parliament”, restringindo-os, segundo a autora referida a “everything said or done by a Member in the exercise of his functions as a Member in a Committee of either House in transaction of Parliamentary business”⁸⁶.

Nessa esfera de atividades, portanto, o parlamentar tem imunidade absoluta, demonstrando, de outro lado, que o instituto das imunidades, no Reino Unido, está absolutamente voltado ao Parlamento, ainda que com vinculações às suas atividades parlamentares.

Tais colocações, até aqui expostas, dizem com a atuação na esfera cível, do parlamentar britânico. Já na esfera criminal, segundo Allen “... have never been and are not protected by privilege, even if they occur within the precincts of Parliament”⁸⁷.

A referida autora, ainda sustenta que na “House of Lords Standing Orders Relating to Public Business, number 79, agreed 1 June 1954, há a previsão de que no “Lord of Parliament is to be imprisoned or restrained without sentence or order of the House, except arrest or detention on any criminal charge”⁸⁸. No entanto, ambas as casas, nessas situações, tem o direito se serem informadas sobre a detenção.

As principais imunidades, atinentes ao *freedom of speech*, à exclusividade de jurisdição e ao poder de punir, salvaguardada a própria Casa, são vitalícios.

Na sistemática, portanto, das regras atinentes ao instituto das Imunidades Parlamentares, no Reino Unido, em razão de sua peculiaridade, vale muito a aferição do procedimento para o levantamento das imunidades.

85 ALLEN, op. cit, p. 137.

86 ALLEN, op. cit, p. 138.

87 ALLEN, op. cit, p. 138

88 ALLEN, op. cit, p. 138

Nesse sentido, a Comissão de Veneza⁸⁹ aponta que a Inglaterra, bem como os demais países da common law, não permitem que os parlamentares possam ser presos ou detidos, no caminho de ida ou volta do parlamento, ou no desempenho das funções, no interior do parlamento. No entanto, nesses países, a *inviolability* não protege o parlamentar da investigação, processo e punições penais.

Até pouco tempo, não havia qualquer previsão para o levantamento das imunidades, restando claro, como de resto se pretende demonstrar no presente trabalho, que se as origens do Instituto das Imunidades exigiam uma rigidez para a efetivação das garantias aos propósitos a que se destinaram, hoje, tal realidade se mostra bastante alterada, atuando, em sentido contrário, quando injustificadas.

A situação passou a se alterar, a partir da redação do art. 13 do Defamation Act 1996⁹⁰, surgindo a possibilidade, a partir de então, de o parlamentar, em se sentido atingido, ou de qualquer forma acusado, pretender o levantamento de sua imunidade, pretendendo ver o caso decidido nos tribunais judiciais.

89 Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities, March 2014, CDL-AD(2014)011.

90 É a seguinte a redação do art. 13 do Defamation Act 1996. Evidence concerning proceedings in Parliament. 13.—(1) Where the conduct of a person in or in relation to proceedings Evidence in Parliament is in issue in defamation proceedings, he may waive for the concerning purposes of those proceedings, so far as concerns him, the protection of proceedings in any enactment or rule of law which prevents proceedings in Parliament. being impeached or questioned in any court or place out of Parliament. (2) Where a person waives that protection— (a) any such enactment or rule of law shall not apply to prevent evidence being given, questions being asked or statements, submissions, comments or findings being made about his conduct, and (b) none of those things shall be regarded as infringing the privilege of either House of Parliament. (3) The waiver by one person of that protection does not affect its operation in relation to another person who has not waived it. (4) Nothing in this section affects any enactment or rule of law so far as it protects a person (including a person who has waived the protection referred to above) from legal liability for words spoken or things done in the course of, or for the purposes of or incidental to, any proceedings in Parliament. (5) Without prejudice to the generality of subsection (4), that subsection applies to— (a) the giving of evidence before either House or a committee; (b) the presentation or submission of a document to either House or a committee; (c) the preparation of a document for the purposes of or incidental to the transacting of any such business; (d) the formulation, making or publication of a document, including a report, by or pursuant to an order of either House or a committee; and (e) any communication with the Parliamentary Commissioner for Standards or any person having functions in connection with the registration of members' interests. In this subsection "a committee" means a committee of either House or a joint committee of both Houses of Parliament. (in, http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/31/pdfs/ukpga_19960031_en.pdf, consultado em 25/01/2016).

Nesse sentido, a Casa poderá levantar um privilégio não-estatutário, possibilitando, por exemplo, que o Parlamento possa ser peticionado para autorizar a produção de provas, nos tribunais, de evidências produzidas em um comitê, eventualmente não publicadas. No entanto, tal não ocorrerá se tais provas, decorrentes de tais atos, a serem questionadas ou enfrentadas, não obedecerem, ou estiverem contrárias ao estatuído em lei, de acordo com o art. 9 do Bill of Rights, no qual está previsto que os discursos pronunciados nos debates do Parlamento não devem ser examinados senão por ele mesmo, e não em outro Tribunal ou sítio algum.

Permanece, ainda, a possibilidade de punição, pelo próprio Parlamento, de atos difamatórios, de abuso sexual ou de outros semelhantes. Os tribunais reconhecem e aceitam, neste sentido, o poder de julgar do próprio Parlamento.

Allen refere que “Essentially, Parliament has protected its integrity and standing not by the immunities conferred on its Members but by punishing those who interfere with its proper functioning, whether by obstructing Parliament itself or by interfering with the parliamentary activities of its Members or by attempting to corrupt them. The contempt powers of Parliament are, however, always exercised for the protection of the proper operation of the parliamentary process themselves and not in the interests of Members of Parliament as individuals”⁹¹.

Assim, o aspecto coletivo e atinente ao colegiado, muito mais do que a cada um de seus integrantes, de forma particular, resta, novamente, evidenciado e sobrelevado, como de resto, deverá ser o norte legitimador do instituto das imunidades parlamentares.

Tal situação mais se desvela quando se constata que os poderes próprios de polícia, do Parlamento Britânico, que possui o poder de prisão, efetiva, em seu interior, vem sendo pouco utilizado, sendo que, e ao contrário disso, se mostra mais

⁹¹ ALLEN, op. cit, p. 139.

comum a suspensão de membros do Parlamento, inclusive com a ausência de pagamento de salários, no período compreendido, quando da existência de crimes cometidos no interior do Parlamento.

Assim, e com força de controle dos atos do Parlamento e dos parlamentares admiráveis, resta concluir que tal não decorre de uma previsão eminentemente constitucional mas, e ao contrário, de normas esparsas em vários diplomas, e algumas decorrentes dos costumes, como salientado ao início, o que não impediu que se tornassem atuais e, cada vez mais, voltadas aos interesses do Parlamento, em ambas as casas.

Por relevantes, cabe referir, como estatutos com previsões pertinentes: Privilege of Parliament Act 1512; the House of Lords Precedence Act 1539; the Bill of Rights 1689; the Claim of Right 1689; the Parliamentary Privilege Act 1737; the Parliamentary Privilege Act 1770; the Parliamentary Oaths Act 1866; the Parliamentary Witnesses Oaths Act 1871; the Peerage Act 1963 and the House of Commons Disqualification Act 1975.

Por fim, Allen refere que “The privileges enjoyed by the United Kingdom Parliament and its Members derive from the functions of Parliament within the constitutional structure of the United Kingdom. The United Kingdom constitution is renowned for the fact that it has gradually emerged over centuries of custom and practice. As a consequence, the privileges and immunities of Parliament, like the rest of the law and practice of the constitution, have never been set out in one document, but are to be found among various Acts of Parliament, resolutions of both Houses of Parliament, decisions of the courts and long-established, and therefore well recognised, conventions and practices. Moreover, the privileges of Parliament are peculiar to this constitutional history and reflect the particular constitutional relationships which have gradually evolved between the Crown, the two Houses of Parliament and the courts”⁹².

⁹² ALLEN, op. cit, p. 141.

Sascha Hardt finaliza afirmando a possibilidade de fixar algumas conclusões a respeito do sistema das imunidades parlamentares adotado pelo Reino Unido.

Nesse sentido, salienta que o Reino Unido sempre tratou o tema de forma vaga, em suas legislações, por entender ser esta a forma mais favorável de entendimento do instituto, por flexível, resultando daí, que nenhum dos poderes de Estado, incluindo a própria Coroa, tivesse força suficiente para estabelecer parâmetros definitivos.

Defende, contudo, como de resto fazemos no presente trabalho, que todos os privilégios decorrem da necessidade de autonomia no desempenho livre da atividade do Parlamento, sustentando que, a partir dessa premissa, surgirão todas as demais imunidades, apontando como a principal delas, aquela constante do art. 9 do Bill of Rights de 1689, que garante que “proceedings in Parliament must not be impeached or questioned by any person or institution out of Parliament”.

Não obstante isso, tal premissa sofreu variações de interpretações por intermédio de legislações, decisões judiciais e por novas interpretações do próprio Parlamento, dando conta da possibilidade de adequação de princípio tão fundamental à alteração das realidades sócio-político-econômicas, além daquelas referentes aos direitos humanos.

No entanto, permanecem intocáveis, segundo a autora referida, as manifestações durante debates no Parlamento, bem como todos os documentos que daí resultarem expedidos ou editados. Contudo, mesmo nessas condições, haverá a possibilidade de utilização de tais documentos para fins de comprovação da ocorrência de determinados fatos, por exemplo, passíveis de serem, posteriormente, investigados; havendo, ainda, a possibilidade de responsabilização contra terceiros das entidades que publicarem os referidos discursos, uma vez que estas não se encontrarão cobertas pelas imunidades parlamentares.

Ainda para fins de conclusão do atual sistema do Reino Unido, a respeito das imunidades parlamentares, Sascha Hardt aponta para o franco declínio daquela pertinente ao *freedom of arrest*, em razão, principalmente, de que garantias há, suficientes, para impedir qualquer forma de detenção, prisão ou processamento, relativas a todos os cidadãos.

Por último, e com relação à histórica diferenciação entre a *lex terrae* e a *lex parlamenti*, existente no Reino Unido, Sascha Hardt define que “Much of what we have seen in our examination of the modern privileges indicates on very clear general trend: both the courts and Parliament increasingly interpret, assess and apply privilege according to a functional approach. This means that privilege is still deemed important in order to protect and guarantee the unimpeded performance of the core functions of Parliament, but not more than that”.⁹³

2. Princípios na França

Na França, como antes já mencionado, quando da análise do período histórico de criação do instituto das imunidades, e a decorrente fixação de um movimento daí resultante, se pode constatar, pelo menos ao início, que a posição adotada foi a de livre manifestação do parlamentar, independentemente do local aonde pudesse se encontrar, trazendo à tona, a partir daí, a necessidade de enfrentamento, por via paralela, do conceito de ato legislativo, ou atividade legislativa - mais um tópico defendido como relevante no presente trabalho.

A intenção de preservar o parlamentar, como detentor de um poder constituído, advindo do poder legítimo e soberano do povo, sob quaisquer circunstância, em um primeiro momento, quase que desigualou o posicionamento dos poderes de Estado, deixando o Poder Legislativo em uma posição diferenciada, sob o argumento de estar representando, ainda que de forma indireta, o poder do povo, por eles representado.

⁹³ HARDT, op. cit, p. 127.

No entanto, tal visão, se em um primeiro momento visionária, passou, ou o decorrer do desenvolvimento do processo democrático, e, consequentemente das instituições que deram base ao crescimento e desenvolvimento do sistema de governo mais próximo do adequado para a convivência em coletividade - a sofrer inúmeras limitações, ou adequações, sem, contudo, deixar se aproximar do sistema inglês, adotado pelos países da *common law*, com temperamentos variados, mas mantendo as linhas mestras.

A Comissão de Veneza⁹⁴ apontou que no sistema francês, e no português, que segue os mesmos moldes, a *inviolability* permite buscas preliminares de provas, embora, durante o período do mandato, não se possam ajuizar as ações correspondentes.

Nesse sentido, e atualmente, na França, tais linhas mestras preveem, como princípios básicos a assegurarem o instituto das imunidades as seguintes diretrizes. Parliamentary immunity is established by the first paragraph of Article 26 of the Constitution which enshrines the non-liability of Members of Parliament for opinions expressed or votes cast by them in the performance of their duties. Inviolability results from the second, third and fourth paragraphs of Article 26 of the Constitution and Article 9a of Edict No 58-1100 of 17 November 1958 relating to the functioning of the parliamentary assemblies. Rule 80 of the Rules of Procedure of the National Assembly and Article 16 of the General Directive of the Bureau of the National Assembly, together with Rule 105 of the Rules of Procedure of the Senate, set out the procedural rules governing the waiving of parliamentary immunity. Article 41 of the Act of 29 July 1881 on the freedom of the press, as amended by Edict No 58-1100 of 17 November 1958, provides that 'speeches made within the National Assembly or the Senate, and reports or any other document printed by order of one of these two assemblies, shall not give rise to any action'⁹⁵.

94 Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities, March 2014, CDL-AD(2014)011.

95 ALLEN, Marília Crespo. **Workingpaper, parliamentary immunity in the members states of the European Union and in the European Parliament**, Legal Affairs Series. W 8. Publisher: European Parliament. L-2929 Luxemburg, 1999.

A existência de fortes reconhecimentos, em vários aspectos, em relação às imunidades parlamentares, na França, como referido ao início, trás à tona uma visão publicista do Parlamento, com a pretensão de garantia de autonomia quase que absoluta no desempenho de suas funções, ainda que para tanto, vários atos, em uma primeira análise, afastados das atividades parlamentares propriamente ditas, venham, posteriormente, ser reconhecidos como no desempenho de tais atividades.

O objetivo maior das imunidades, no Estado francês, diz com o desempenho desembaraçado das atividades parlamentares. Nesse sentido, Marília Crespo Allen refere que The wording of the first paragraph of Article 26 of the Constitution - by the number of nouns alone ('proceedings', 'investigations', 'arrest', 'detention', 'judgment') - clearly reflects the legislative desire to guarantee as far as possible the Members' freedom to exercise this parliamentary mandate. Non-liability thus protects Members of Parliament against any legal action, whether criminal or civil, on the grounds of acts relating to the exercise of their mandate. In its sphere of application, therefore, non-liability is absolute: no procedure allows this immunity to be 'waived'⁹⁶.

Continua, sustentando que "Non-liability covers all acts coming under parliamentary duties: speaking and voting in open session and in committee, initiatives such as bills or amendments, reports tabled on behalf of a committee, written and oral questions, and acts performed as part of a mission assigned by the parliamentary authorities"⁹⁷.

Sustenta, no entanto, e aqui demonstrando a extensão do instituto das imunidades, que "Case-law, however, seems to have supported a restrictive concept of the nature of the acts covered by non-liability, by excluding in particular, for example, remarks made by a Member of Parliament during a radio interview or opinions expressed by a Member of Parliament in a report drafted during a mission assigned by the Government. The protection

96 ALLEN, Marília Crespo. **Workingpaper, parliamentary immunity in the members states of the European Union and in the European Parliament**, Legal Affairs Series. W 8. Publisher: European Parliament. L-2929 Luxemburg, 1999.

97 ALLEN, Marília Crespo. **Workingpaper, parliamentary immunity in the members states of the European Union and in the European Parliament**, Legal Affairs Series. W 8. Publisher: European Parliament. L-2929 Luxemburg, 1999.

afforded by non-liability is valid even when those acts constitute an offence or are likely to lead to damages”⁹⁸.

No entanto, e já entrando em tema adiante enfrentado, trás à baila, a mesma autora, a possibilidade de enfrentamento dos temas, antes protegidos pelo instituto das imunidades, agora no âmbito interno do parlamento, com apreciação eminentemente política. Diz que “There are sometimes limits to this protection: the deeds and words of Members of Parliament remain subject at all times to the disciplinary power of the Presidents of each House. The Presidents use sanctions (call to order, call to order with entry in the minutes, censure, censure with temporary exclusion) laid down in the Rules of Procedure of the Assemblies which enable them to keep order and to ensure that debates are properly conducted”⁹⁹.

Por fim, e em relação aos períodos de não exercício de mandato, esclarece que na França “The Member of Parliament, when not exercising his mandate, is fully responsible for his deeds and words, subject to inviolability. Since the revision of the Constitution of 4 August 1995, proceedings may be initiated against Members of Parliament at any time, and the scope of inviolability is restricted to arrest and the implementation of measures to deprive the Member of freedom or restrict that freedom. The new wording of the second paragraph of Article 26 of the Constitution lays down that 'No Member of Parliament may be arrested or subject to any other measure depriving the Member of freedom or restrict that freedom for criminal or minor offences without the authorisation of the Bureau of the Assembly to which he belongs.' Since what is involved is the freedom of Members of Parliament to go about their business in the performance of their duties, the concept of 'arrest' is interpreted broadly: it includes holding on remand and in police custody. As an alternative to holding on remand, judicial supervision orders generally include measures to deprive the Member of freedom or restrict that freedom, which may well impede him in the performance of his duties. That is why all judicial supervision orders have been included within the scope of inviolability. Inviolability is not

98 ALLEN, Marília Crespo. **Workingpaper, parliamentary immunity in the members states of the European Union and in the European Parliament**, Legal Affairs Series. W 8. Publisher: European Parliament. L-2929 Luxemburg, 1999.

99 ALLEN, Marília Crespo. **Workingpaper, parliamentary immunity in the members states of the European Union and in the European Parliament**, Legal Affairs Series. W 8. Publisher: European Parliament. L-2929 Luxemburg, 1999

applicable in the event of final sentence, i.e. when all avenues of appeal have been exhausted or the time-limits within which such avenues may be explored have expired. Inviolability operates only in respect of criminal matters and lesser offences, except in the case of flagrante delicto, for which verification of the term falls within the competence of the judicial authority. Even in the latter case, however, a parliamentary assembly may request, for the duration of the session, the suspension of detention, measures to deprive the Member of freedom or restrict that freedom or proceedings against one of its Members, pursuant to the third paragraph of Article 26 of the Constitution. Parliamentary immunity is an element of law and order, which means that it is impossible for a Member of Parliament to waive the benefits of non-liability or inviolability, and the nullity of acts performed in violation of immunity”¹⁰⁰.

A visão, portanto, do instituto, com fundo absolutamente ideológico, e decorrente do surgimento em período em que a voz do povo era sufocada pela vontade do soberano, sem tradição anterior de oitiva dessa vontade popular, veio trazer o reconhecimento, agora, da defesa intransigente da atuação do parlamentar, hoje garantidor da audiência popular, como vontade inicial a ser adotada na conduta e adoção de rumos da Republica Francesa.

Assim, e em razão disso, na França o instituto das imunidades, dividido em inviolabilidades (inviolability) e irresponsabilidades (non-liability), também possui extensão temporal diferenciada e diferente em relação a inviolabilidade e à irresponsabilidade. “Non-liability is permanent and perpetual: its application is not influenced by the system of parliamentary sessions, and it stands in the way of proceedings on the grounds of acts performed during the mandate and even after the end thereof. Inviolability, on the other hand, may only be claimed within the limits of the duration of the parliamentary mandate: upon expiry of his mandate, the Member of Parliament no longer enjoys special protection, except for acts covered by non-liability. Moreover, the extent of the protection which it affords is no longer connected with the system of parliamentary sessions: the same system applies henceforth throughout the year”¹⁰¹.

100 ALLEN, Marília Crespo. **Workingpaper, parliamentary immunity in the members states of the European Union and in the European Parliament**, Legal Affairs Series. W 8. Publisher: European Parliament. L-2929 Luxemburg, 1999.

101 ALLEN, Marília Crespo. **Workingpaper, parliamentary immunity in the members states of the European Union and in the European Parliament**, Legal Affairs Series. W 8. Publisher: European

Há, ainda, a possibilidade de a Assembleia pedir a suspensão de eventual procedimento instaurado em relação à parlamentar, com fundamento no parágrafo terceiro do art. 26 da Constituição Federal Francesa¹⁰². “In application of the third paragraph of Article 26 of the Constitution, the Assembly concerned may request the suspension of detention, measures to deprive the Member of freedom or to restrict that freedom or proceedings against one of its Members. The effect of such suspension is limited to the duration of the session during which it has been determined”¹⁰³.

O estado francês possibilita o levantamento das imunidades, prevendo no art. 9 do Edict nº 58-1100, de 17 de novembro de 1958, relativo ao funcionamento da Assembleia Parlamentar, combinado com o art. 16 do General Directive of the Buereau of the National Assembly¹⁰⁴ e a norma 105 do Rules of Procedure of the

Parliament. L-2929 Luxemburg, 1999.

102 ARTIGO 26º. Nenhum membro do Parlamento pode ser processado, investigado, preso, detido ou julgado por ocasião das opiniões ou votos emitidos por ele no cumprimento de suas funções. Nenhum membro do Parlamento pode ser objeto, de prisão penal ou correcional, de detenção ou qualquer outra medida privativa ou restritiva de liberdade, a não ser com a autorização da mesa da assembleia do qual faz parte. Esta autorização não é necessária no caso de crime ou delito flagrante ou de condenação definitiva. A detenção, as medidas privativas ou restritivas de liberdade ou a acusação de um membro do Parlamento são suspensas durante o período da sessão se a assembleia da qual faz parte requerê-lo. A assembleia interessada é reunida de pleno direito para sessões suplementares para permitir, se necessário, a aplicação do parágrafo acima.

103 ALLEN, Marília Crespo. **Workingpaper, parliamentary immunity in the members states of the European Union and in the European Parliament**, Legal Affairs Series. W 8. Publisher: European Parliament. L-2929 Luxemburg, 1999.

104 Artigo 16. Requests for waiver of parliamentary immunity submitted pursuant to the second paragraph of Article 26 of the Constitution shall be addressed to the President of the Assembly, who shall refer them to the Bureau of the National Assembly. The decisions of the Bureau shall be prepared by a delegation appointed from among its members. Such requests shall be formulated by the public prosecutors concerned, who shall specify the measures of arrest or the measures depriving the Member of freedom or restricting that freedom for which authorisation is sought. The requests of public prosecutors shall be forwarded to the President of the Assembly by the Keeper of the Seals, Minister of Justice. Request for the suspension of proceedings, of detention or of measures depriving the Member of freedom or restricting that freedom submitted pursuant to the third paragraph of Article 26 of the Constitution shall be printed in the form of a motion for a resolution, distributed and sent to the committee set up pursuant to Rule 80 of the Rules of Procedure. The decisions of the Bureau shall be notified to the Keeper of the Seals and published in the official gazette (Journal officiel). The decisions of the Assembly concerning the suspension of proceedings, of detention or of measures depriving the Member of freedom or restricting that freedom shall be notified to the Prime Minister.

Senate¹⁰⁵, a possibilidade de autorização de prisão de um parlamentar, ou de sua restrição de liberdade.

O pedido deverá advir de um promotor público, indicado como competente pela Court of Appeal respectiva, endereçado ao presidente da casa a qual pertence o parlamentar, sob pena de nulidade.

O pedido, a fim de dificultar qualquer forma de pressão indevida, deverá indicar a qual parlamentar se dirige, e, ainda, indicar, de forma detalhada, os fatos e atos, reputados como ilegais, aos quais se está atribuindo a autoria ao parlamentar indicado.

Tal procedimento será acompanhado pelo presidente da casa respectiva, que poderá pedir a suspensão do feito. Apresentado o pedido de suspensão pelo presidente da casa, este será encaminhado a um comitê especial, formado, respeitando a proporcionalidade da representação da casa, que irá ouvir os envolvidos.

Os debates a respeito deste pedido, serão realizados de forma pública, sendo que a votação, em regra, se dará pelo “levantar de mãos”, ou, em havendo pedido expresso, mediante previa fundamentação.

105 Rule 105. 1. A committee of thirty members shall be appointed each time the Senate has occasion to consider a motion for a resolution tabled with a view to requesting suspension of the detention of a Senator, of measures depriving him of his freedom or restricting that freedom or of proceedings brought against him. For the appointment of that committee, the President of the Senate shall set a time-limit within which nominations must be submitted in accordance with the principle of proportional representation. When the time-limit has expired, the President of the Senate, the chairmen of the groups and the representative of the administrative meeting of Senators not appearing on the list of any group shall meet to draw up the list of the members of the committee. That list shall be published in the official gazette (*Journal officiel*). The appointments shall take effect upon publication of the list. 2. The committee shall elect a bureau comprising a chairman, vice-chairman and a secretary and shall appoint a rapporteur. 3. The conclusions of the committee shall be presented no later than three weeks from the date of appointment of the members of the committee; the Conference of Presidents shall include those conclusions on the agenda of the Senate, once the committee's report has been distributed. 4. Where the Senate has received a request for the suspension of proceedings against a Senator who has been detained or who is the subject of measures depriving him of freedom or restricting that freedom, the Senate may decide to suspend only the detention or all or part of the measures in question.

Assim, e mais uma vez, demonstrando a possibilidade de interferência nas imunidades por questão meramente política, uma vez que , em sendo o voto aberto, e assim deve sê-lo para garantir uma maior fiscalização do cidadão, nem sempre as convicções dos parlamentares restarão salvaguardadas, tendo em vista as consequências políticas decorrentes de um posicionamento antipático à maioria, ou impopular, com resultados perniciosos, quer para o investigado, quer para o próprio parlamentar que expressar sua convicção contra o entendimento da maioria.

Marilia Crespo Allen sustenta que “It is not the task of the Bureau to pronounce on whether the Member is guilty or not but to take a decision, in accordance with standard criteria, on the serious, loyal and sincere nature of the request for authorisation to arrest the Member or to deprive the Member of freedom or to restrict that freedom. It is difficult to assess in full the manner in which the Bureau carries out that task because the requests submitted to it are not made public, the Bureau deliberates in camera, and any justifications for its decisions, should they be given at all, are limited. From the decisions taken hitherto, we might deduce that its power of discretion exceeds the simple alternative of accepting or totally rejecting the request and that it may retain certain elements. If the magistrate's request seeks both arrest and measures to deprive the Member of freedom, the Bureau may, by virtue of the facts presented, reject authorisation to arrest and merely authorise judicial supervision, with explicit reference also being made in its decision to the measures which might be implemented”¹⁰⁶.

2. Princípios em Portugal

A Constituição Portuguesa, acompanhando uma breve evolução do tema, trás a demonstração da adoção do sistema francês de imunidades parlamentares, de forma mais evidente, ainda que nos últimos tempos, tenha havido a influência, também, se não de previsões expressas do sistema inglês, mas, pelo menos, de visões mais delimitadoras e restritivas da atividade parlamentar, mais precisamente entre aquelas que permeiam o conceito de atividade parlamentar propriamente dita, haja vista a necessidade de respeito, entre outros, das garantias e direitos individuais, previstos em relação aos demais cidadãos.

106 ALLEN, op. cit, p. 210.

Assim, em Portugal, a divisão clássica das imunidades, em “non-liability” e “inviolability”, manteve-se. Na visão de Jorge Miranda, “... a sucessão de regimes políticos, em Portugal, de 1820 até hoje e as correspondentes vicissitudes traduziram-se em diferentes estatutos dos titulares dos cargos políticos (por, desde logo, dependerem das normas de competência e das concepções fundamentais próprias de cada Constituição). E, entre outros aspectos, tiveram directas implicações nas suas imunidades e nos impropriamente chamados privilégios de jurisdição”.¹⁰⁷

Nesse sentido, cabe salientar que, conforme afirmado por Marília Crespo Allen “The basic principles on this subject are embodied in Article 157 of the Constitution of the Portuguese Republic following the revision of the Constitution of 1997 by virtue of Constitutional Law No 1/97, published in the Official Gazette No 218/97 of 20 September. The Rules for Deputies (Law No 7/93 of 1 March 1993 as amended several times) takes over the relevant provisions of the Constitution in Rule 10 (non-liability) and Rule 11 (immunities) but also includes further implementing provisions. The Rules of Procedure of the Assembly of the Republic⁶⁰, in Rule 3 thereof, leave the regulation of this subject to the Rules for Deputies. Rule 38(2) of the Rules of Procedure states that the Parliamentary Ethics Committee is responsible in particular for “(...) g) pronouncing on the waiving of immunities, in accordance with the Rules for Deputies”¹⁰⁸.

Nessa esteira, os objetivos das imunidades parlamentares, na ótica da Constituição Federal Portuguesa, vem previstos no art. 157 do referido diploma legal. A redação do artigo é a seguinte:

“Artigo 157.º (Imunidades)

“1. Os Deputados não respondem civil, criminal ou disciplinarmente pelos votos e opiniões que emitirem no exercício das suas funções.

“2. Os Deputados não podem ser ouvidos como declarantes nem como arguidos sem autorização da Assembleia, sendo obrigatória a decisão de autorização, no segundo caso, quando houver fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos.

107 MIRANDA, Jorge. **Imunidades constitucionais e crimes de responsabilidade**. Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Volume XV, tomo 2. Lisboa: SEPARATA, 2001.

108 ALLEN, op. cit, p. 115.

“3. Nenhum Deputado pode ser detido ou preso sem autorização da Assembleia, salvo por crime doloso a que corresponda a pena de prisão referida no número anterior e em flagrante delito.

“4. Movido procedimento criminal contra algum Deputado, e acusado este definitivamente, a Assembleia decidirá se o Deputado deve ou não ser suspenso para efeito de seguimento do processo, sendo obrigatória a decisão de suspensão quando se trate de crime do tipo referido nos números anteriores.”

Tal previsão constitucional, pertinente a non-liability e à inviolability, demonstram a tradição portuguesa que já se prolonga desde várias revisões da Carta Constitucional.

Isso implica dizer que “Deputies cannot be liable, as a result of votes and of opinions (expressed in the exercise of their duties) for so-called ‘offences of responsibility’, or for any others, including ‘offences of defamation’”.¹⁰⁹

Isso, contudo, continua guardando a necessidade da manutenção da conexão de todos esses atos com a atividade parlamentar, de forma direta e indireta; e, não somente com o mandato, adotando uma interpretação de caráter meramente temporal, no sentido de que tudo que for realizado, ou dito, pelo parlamentar, nesse período, estaria abrangido pelas imunidades, a legitimar uma tal atividade desviada do objetivo pretendido pela Constituição Portuguesa.

No sentido como, de resto, o presente trabalho vem sustentando a legitimidade das imunidades parlamentares, restou exarada na Opinion nº 5/80 of 21 February 1980, do Office of the Attorney-General of the Republic, “que o objetivo superior, é o de salvaguardar a independência dos parlamentares no desempenho de suas atividades decorrentes do mandato, garantindo a livre manifestação em todas as declarações, posicionamentos, opiniões, questionamentos, decisões e, de forma geral, discursos e escritos decorrentes de ditas atividades parlamentares”.¹¹⁰

109 CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada.** 4ª Edição. Volume II. Lisboa. Coimbra, 2010. pág. 171.

A fim de prevenir atos de corrupção, decorrentes da atividade parlamentar, o Group of States against Corruption (GRECO), após exame das disposições atuais a respeito das imunidades parlamentares, exarou recomendações pertinentes ao tema.

Nesse sentido, e em relação ao tratamento, ou a relação entre os parlamentares e terceiros, a fim de impedir, ou diminuir eventual tentativa de suborno, ou de facilitação de atendimento a interesses de grupos determinados, recomendou a adoção de “i) clear, enforceable, publicly stated principles and standards of conduct for MPs are adopted and equipped with an efficient supervisory mechanism; and that (ii) awareness of the principles and standards of conduct is promoted amongst MPs through dedicated guidance, confidential counselling and training on issues such as appropriate interactions with third parties, the acceptance of gifts, hospitality and other benefits and advantages, conflicts of interest and corruption prevention within their own ranks”.¹¹¹

Na mesma ocasião, o GRECO manifestou recomendações, ainda, a respeito da necessidade de fixação de punições para desvios de conduta dos deputados e a manutenção da transparência do patrimônio destes, com a possibilidade de divulgação de suas declarações de bens, com consulta popular franqueada. Assim, recomendou a adoção de “i) adequate sanctions are established for minor breaches of the asset reporting obligation, including incomplete and inaccurate reporting; and ii) MPs’ asset declarations are made publicly available on-line”.¹¹²

Esta Constituição, nessa toada, portanto, estende a non-liability sobre todas as atividades dos parlamentares, e não somente sobre aquelas

110 Opinion n° 5/80, of 21 February 1980, of the Office of the Attorney-General of the Republic, apud ALLEN, Marília Crespo. **Workingpaper, parliamentary immunity in the members states of the European Union and in the European Parliament**, Legal Affairs Series. W 8. Publisher: European Parliament. L-2929 Luxemburg, 1999, p. 115.

111 Group of States against Corruption – GRECO. Council of Europe. Fourth Evaluation Round. Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors. Evaluation report Portugal. Adopted by GRECO at its 70th Plenary Meeting (Strasbourg, 30 November – 4 December 2015).

112 Group of States against Corruption – GRECO. Council of Europe. Fourth Evaluation Round. Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors. Evaluation report Portugal. Adopted by GRECO at its 70th Plenary Meeting (Strasbourg, 30 November – 4 December 2015).

desempenhadas no plenário do parlamento, mas, também, sobre aquelas desempenhadas nos comitês parlamentares, nas comissões parlamentares, bem como nas missões desempenhadas fora do Parlamento, mas sempre no exercício do mandato parlamentar, em sentido material.

Mantem-se, na precisa lição de Jorge Miranda, o carácter legitimador das imunidades, qual seja, o fato de “não se inserirem na esfera jurídica desses titulares como direitos subjetivos. Têm, sim, estrutura de situações funcionais e daí que eles não lhes possam renunciar e tenham mesmo o dever de exigir que sejam respeitadas; mas que, em contrapartida, a sua invocação se torne abusiva quando não estejam ao serviço dos fins constitucionais dos órgãos”¹¹³.

Já a inviolabilidade vem prevista no mesmo artigo da Constituição Portuguesa, mas nos números (3) e (4), com previsões, também, a respeito de cometimento, por parte dos parlamentares, de atos sujeitos a sanções criminais, cometidos na qualidade de cidadãos comuns.

Para J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, o conceito de imunidade constante no texto da Constituição Portuguesa possibilita defini-la “em sentido amplo”, como “um conceito abrangente da imunidade em sentido restrito, da inviolabilidade e da irresponsabilidade”. Esclarecem que “O conceito de imunidade distingue-se do conceito de inviolabilidade”. Salientam, ainda, que “A inviolabilidade está tradicionalmente associada, no direito constitucional, a ‘liberdade de opinião’, ao ‘privilégio da palavra’, à ‘liberdade desvinculada de responsabilidade’, no âmbito do exercício da função de deputado”.¹¹⁴

Allen sustenta que, nesses casos, “The scope of inviolability is not general: (a) contrary to what happens as regards non-liability, which is intended to be used in the civil, criminal and disciplinary domains, the Constitution links inviolability only to criminal procedure; (b) there are cases in which a Deputy may be arrested or tried without any authorisation from

¹¹³ MIRANDA, op. Cit., p. 29.

¹¹⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada.** 4ª Edição. Volume II. Lisboa. Coimbra, 2010.

Assembly of the Republic; © where criminal proceedings are initiated against a Deputy, the Assembly is obliged in some cases to suspend his mandate só that he can be tried; (d) the hearing of a Deputy as a witness or directed person must be proceded by authorisation from Assembly, bur this must be granted in certain circunstances which are considered particulary serious.¹¹⁵”

O art. 157 (3) da Constituição Portuguesa prevê que os parlamentares somente poderão ser detidos ou presos, sem a autorização da Assembleia, quando duas condições necessárias restarem preenchidas. Há a exigência de que tenha havido a prisão em flagrante delito e que tal crime cometido tenha pena cominada máxima superior a três anos. Segundo Allen, “It will be understood, then, that only this scenario, owing to its special circumstances and extreme seriousness, justifies the non-intervention of Parliament. If only one of these conditions prevails the authorization of the Assembly is not granted”¹¹⁶.

A clareza da previsão constitucional barra, por exemplo, na questão de haver, ou não, a possibilidade de o parlamento, de forma técnico-jurídica, reexaminar o auto de prisão em flagrante, a fim de constatar a legalidade da prisão. É mais um viés a demonstrar as possíveis ingerências indevidas de um Poder em outro, possibilitando a discussão de situação, no mínimo estranha, no sentido de que o flagrante delito constatado, para os parlamentares possa apresentar pressupostos e requisitos diversos dos demais cidadãos, criando novas figuras jurídicas, ou semi-jurídicas, uma vez que advindas de um Poder político, na sua essência.

A redação, como posta, não define se a execução da pena, já transitada em julgado, de outro lado, necessita de autorização do Parlamento, uma vez que já não há a figura do flagrante.

115 ALLEN, op. cit, p. 116.

116 ALLEN, op. cit, p. 116.

Quer se entender que não haja essa necessidade, pois, e conforme Allen, não haverá mais a dúvida sobre a legalidade do procedimento adotado, bem como do processamento desenvolvido.

Nesses casos, e para se chegar a tal situação, o art. 157 (4) da Constituição Portuguesa, deverá ter sido observado.

O art. 157 (2) da Constituição Portuguesa, ainda prevê as possibilidades de autorização de os parlamentares serem ouvidos como testemunhas ou acusados. No entanto, tal autorização será obrigatória quando houver fortes provas de que o delito cometido tenha pena cominada superior a três anos.

Voltamos à discussão técnico-jurídica, pois a análise dos fatos e a adequação destes ao tipo penal é que, em última análise, irá determinar, ou não, o preenchimento dos requisitos constitucionalmente exigidos.

Assim, deverá ser feito tal exame pelo Poder Judiciário e, pela Casa, apenas observado se tal foi realizado e devidamente fundamentado.

Com relação, ainda, à duração das imunidades, estas, segundo a Constituição Portuguesa¹¹⁷ serão válidas, inclusive, durante todo o período do mandato parlamentar, mesmo durante o recesso ou suspensão das atividades legislativas, trazendo absoluta aplicação dos princípios constitucionais, que pretendem a garantia livre das atividades do Parlamento.

117 Art. 179. 1. Fora do período de funcionamento efectivo da Assembleia da República, durante o período em que ela se encontrar dissolvida, e nos restantes casos previstos na Constituição, funciona a Comissão Permanente da Assembleia da República. 2. A Comissão Permanente é presidida pelo Presidente da Assembleia da República e composta pelos Vice-Presidentes e por Deputados indicados por todos os partidos, de acordo com a respectiva representatividade na Assembleia. 3. Compete à Comissão Permanente: a) Vigiar pelo cumprimento da Constituição e das leis e acompanhar a actividade do Governo e da Administração; b) Exercer os poderes da Assembleia relativamente ao mandato dos Deputados; c) Promover a convocação da Assembleia sempre que tal seja necessário; d) Preparar a abertura da sessão legislativa; e) Dar assentimento à ausência do Presidente da República do território nacional; f) Autorizar o Presidente da República a declarar o estado de sítio ou o estado de emergência, a declarar guerra e a fazer a paz.

De outro lado, terá início o mandato com a primeira sessão da Assembleia da República depois da eleição; e, terminará, com a primeira sessão do mandato seguinte à nova eleição.¹¹⁸

Assim, o exercício pleno das atividades parlamentares, com o início da primeira sessão, mais uma vez, demonstra a necessidade de conexão entre o exercício efetivo do mandato, e em razão de seus objetivos, e o abrigo pleno das imunidades.

Há uma variação, como de regra, em relação à non-liability, as quais, segundo o art. 157 (1) da Constituição Portuguesa, permanecem mesmo após o final do mandato, desde que tenham incidido por fatos ocorridos no exercício do mandato invocado.

A Constituição Portuguesa prevê a possibilidade de levantamento das imunidades, normalmente após a apreciação do Comitê Parlamentar de Ética.

O pedido, nesse sentido, seguindo o disposto no art. 157 (4) da Constituição Portuguesa, deverá ser realizado pela autoridade competente e vir acompanhado dos documentos necessários.¹¹⁹

Para a tomada da respectiva decisão, as reuniões do Comitê Parlamentar de Ética não serão públicas, sendo o acusado ouvido durante estas. Após, tomada uma decisão, em caráter de parecer, este deverá ser levado a plenário para discussão e eventual aprovação.

118 Artigo 153.º (Início e termo do mandato) 1. O mandato dos Deputados inicia-se com a primeira reunião da Assembleia da República após eleições e cessa com a primeira reunião após as eleições subsequentes, sem prejuízo da suspensão ou da cessação individual do mandato.

119 Artigo 157.º (Imunidades) (...) 4. Movido procedimento criminal contra algum Deputado, e acusado este definitivamente, a Assembleia decidirá se o Deputado deve ou não ser suspenso para efeito de seguimento do processo, sendo obrigatória a decisão de suspensão quando se trate de crime do tipo referido nos números anteriores.

O Presidente da Assembleia da República deverá colocar em pauta, para apreciação plenária, tanto a decisão a respeito de eventual prisão de parlamentar, quanto de levantamento de imunidade, sendo que o voto será secreto, exigindo, para aprovação, a maioria absoluta. Nesse sentido, o procedimento previsto no art. 11 do Estatuto dos Deputados da Assembleia da República de Portugal.¹²⁰

Nesse aspecto, importante a manifestação de Allen quando refere “It is quite clear from both legal opinion and parliamentary jurisprudence that the decision of the Assembly must not be based on any opinion (or debate) on the merits of the case, which falls within the competence of the courts, but should be limited to the assessment of the ‘public, political and moral desirability of the proceedings’. The decision of the Assembly on the Deputy’s suspension does not imply recognition of the procedural validity of acts submitted to it, nor recognition of the Deputy’s culpability or non-culpability”¹²¹

Defende, ainda, que só poderá ser concedida tal autorização para levantamento das imunidades: “- in serious cases, by which shall be understood

120 Lei nº 7/93, de 1º de Março. Artigo 11º. Imunidades. 1 - Nenhum Deputado pode ser detido ou preso sem autorização da Assembleia, salvo por crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos e em flagrante delito. 2 - Os Deputados não podem ser ouvidos como declarantes nem como arguidos sem autorização da Assembleia, sendo obrigatória a decisão de autorização, no segundo caso, quando houver fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a 3 anos. 3 - Movido procedimento criminal contra um Deputado e acusado este definitivamente, a Assembleia decide, no prazo fixado no Regimento, se o Deputado deve ou não ser suspenso para efeito do seguimento do processo, nos termos seguintes: a) A suspensão é obrigatória quando se tratar de crime do tipo referido no nº 1; b) A Assembleia pode limitar a suspensão do Deputado ao tempo que considerar mais adequado, segundo as circunstâncias, ao exercício do mandato e ao andamento do processo criminal. 4 - A acusação torna-se definitiva, acarretando prosseguimento dos autos até à audiência de julgamento: 5 a) Quando, havendo lugar a intervenção do juiz de instrução, este confirme a acusação do Ministério Público e a decisão não seja impugnada, ou, tendo havido recurso, seja mantida pelo tribunal superior; b) Após o trânsito em julgado da decisão de pronúncia, por factos diversos dos da acusação do Ministério Público; c) Não havendo lugar a instrução, após o saneamento do processo pelo juiz da audiência de julgamento; d) Em caso de processo sumaríssimo, após o requerimento do Ministério Público para aplicação de sanção. 5 - O pedido de autorização a que se referem os números anteriores é apresentado pelo juiz competente em documento dirigido ao Presidente da Assembleia da República e não caduca com o fim da legislatura, se o Deputado for eleito para novo mandato. 6 - As decisões a que se refere o presente artigo são tomadas pelo Plenário, precedendo audição do Deputado e parecer da comissão competente. 7 - O prazo de prescrição do procedimento criminal suspende-se a partir da entrada, na Assembleia da República, do pedido de autorização formulado pelo juiz competente, nos termos e para os efeitos decorrentes da alínea a) do n.º 1 do artigo 120.º do Código Penal, mantendo-se a suspensão daquele prazo caso a Assembleia delibere pelo não levantamento da imunidade e enquanto ao visado assistir tal prerrogativa.

121 ALLEN, op. cit, p. 119.

those involving an element of ostensible public scandal, which affects the Assembly (calling its reputations into question) rather than the Deputy himself; - in cases which, owing to their nature and circumstances, require urgent evaluation in court”¹²², demonstrando como o interesse do Parlamento, como Poder de Estado, deve ser considerado, sobrepujando os interesses do próprio parlamentar envolvido, pois em ambas as situações, a Casa entende ter sofrido, ou poder vir a sofrer, maiores prejuízos.

O GRECO, quando examinou o tema, referiu que “There was broad agreement on-site that the system for lifting MPs’ immunity functions well, to the extent that it has become unthinkable not to agree to waive immunity if a request is filed with the Assembly to do so. Between 2012 and 2015, 13 such requests were submitted to parliament and immunity was lifted on 12 occasions. A worrisome trend was however reported in respect of the regional legislative assembly of Madeira. Most recently on at least two occasions the waiving of the immunity of regional deputies was refused and criminal proceedings against them had to be suspended. Local cultural norms were evoked as the reason.⁴⁵ Also, political bias against the opposition is said to operate when requests for lifting immunity are processed”¹²³, deixando claro que o controle e a fiscalização a respeito do tema, embora ocorra, e que venha obtendo um desenvolvimento favorável, no aspecto regionalizado, salientado pelo GRECO, exige, ainda, maior atenção, sob pena de desvirtuamento do tema.

3. Princípios no Brasil

A Constituição Federal brasileira prevê, a rigor, a separação de poderes, reconhecendo a independência e harmonia entre o Poder Legislativo, o Poder Judiciário e o Poder Executivo.

Contudo, e a partir daí, e em relação aos princípios que norteiam e garantem o instituto das imunidades parlamentares, se em um primeiro momento,

¹²² ALLEN, op. cit, p. 119.

¹²³ Group of States against Corruption – GRECO. Council of Europe. Fourth Evaluation Round. Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors. Evaluation report Portugal. Adopted by GRECO at its 70th Plenary Meeting (Strasbourg, 30 November – 4 December 2015).

conforme a evolução constitucional histórica comprova, o país esteve mais ligado com a tradição francesa a respeito das imunidades, nos dias de hoje, tal situação já se encontra mais enfraquecida, quer pela visão diferenciada e de acordo com a evolução do instituto em todo o mundo, e principalmente no continente europeu, quer pela necessidade fática de sua adequação, considerando os incontáveis casos de corrupção envolvendo os meios políticos, quer com a atuação direta dos parlamentares, quer com a influência, em relação a esses, de meios externos que determinam uma atenção distanciada daquela inicialmente esperada pelos eleitores, agora representados no parlamento.

Tais alguns dos motivos que hoje, no Brasil, deixaram a atuação dos parlamentares mais sujeitas a controles externos, tanto por parte do eleitorado, de forma direta, e por ocasião de pleitos eleitorais vindouros, quer por atuação do Ministério Público, após investigação da polícia judiciária, com manifestação final do Poder Judiciário.

Não se está dizendo que as atividades parlamentares deixaram de possuir qualquer garantia, ou, por outra, qualquer proteção advinda do instituto das imunidades parlamentares, mas esta, com a evolução do estudo do tema, se tornou restrita, ou pelo menos esta deveria ser a interpretação dada ao final de cada processo, à atuação parlamentar propriamente dita, trazendo à tona, mais uma vez, a aparente difícil conceituação pertinente à atividade parlamentar propriamente dita.

Contudo, e passando ao largo desta definição, pelo menos nesse momento do estudo, as manifestações dos parlamentares a respeito da necessidade de reconhecimento, ou não, da manutenção das imunidades parlamentares, tornaram-se mais transparentes, com votação, ainda que pela casa parlamentar, quer a Câmara dos Deputados, quer o Senado Federal, em aberto para o caso de pedido de processamento encaminhado pelo Poder Judiciário, o que, se negado, deixará o processo suspenso até o final do mandato respectivo.

A fiscalização, portanto, desta atuação, deixou transparecer um comprometimento maior do parlamentar com aquele eleitor, agora por ele representado, que espera uma atuação em concordância com as propostas apresentadas quando do desempenho político em campanha eleitoral.

A liberdade, portanto, que antes, por velada e secreta, quando da manifestação do voto, aparentemente garantidora de maior liberdade do parlamentar, em um primeiro momento em benefício do representado, mas posteriormente visto que, na maioria dos casos, em benefício do próprio parlamentar, ou de grupos espúrios por ele apoiados, quer no âmbito privado, quer no próprio âmbito político, hoje sofreu uma reversão de valores.

Nesse aspecto, vale a lição de Pedro Lomba, quando pretende fazer uma diferenciação clara entre a responsabilidade política e a responsabilidade penal, quando refere que “A responsabilidade política não intervém como última ratio para a defesa de bens jurídicos individuais, radicados na consciência comunitária, mas para a censura pública de actuações de sujeitos políticos que sejam negativas para o interesse coletivo ou para a moralidade política”, acrescentando, ainda, não haver “nada mais distante da responsabilidade política do que o processamento específico da responsabilidade criminal”¹²⁴, deixando claro que há a possibilidade, ou a necessidade de ambas as questões serem enfrentadas de forma diferentes, sob pena de irrelevantes os resultados de eventual coação alcançados.

Acrescenta Diez-Picazzo, citado por Pedro Lomba, que “a responsabilidade política e a responsabilidade penal não se confundem nem se excluem: não se confundem porque um mesmo facto pode ser criminalmente ilícito e politicamente inoportuno e vice-versa; não se excluem porque um mesmo fato pode ser simultaneamente ilícito e inoportuno”¹²⁵, deixando transparecer a intrincada matéria a ser enfrentada e, nesse sentido, a

124 LOMBA, Pedro. **Teoria da responsabilidade política**. Coimbra Editora. 2008, pág. 56.

125 DIEZ-Picazzo apud Pedro Lomba. **Teoria da responsabilidade política**. Coimbra Editora. 2008, pág. 58.

necessidade de aproximação conceitual de atividade política, a fim de delimitar a atuação dos parlamentares dentro de parâmetros minimamente fixados.

Assim, enquanto mantida a garantia de livre manifestação do parlamentar, com o exercício livre de seu voto, em questões como a ora enfrentada, a respeito do levantamento de uma imunidade, tema, por evidente, que será tratado mais aprofundadamente adiante, esta manifestação, com o voto aberto, no mínimo, para evitar incoerência com posicionamentos anteriores, deverá, ainda que em manifestação em plenário, apresentar uma justificação ao representado, com a intenção de afastar qualquer possibilidade de dúvida a respeito desta postura adotada, cabendo, ao representado, entender como coerente, congruente, legítima e de acordo, não só com o programa inicialmente apresentado, como, e se ao contrário deste, de acordo com a necessidade de demonstrar a autonomia do parlamento, uma vez que, alteradas, eventualmente, as condições iniciais do cumprimento de um mandato.

Dessa forma, esta nova posição se mostraria absolutamente necessária e de acordo com aquela postura livre e desembaraçada que todos os representantes do povo devem adotar, como, de resto, pretendeu o instituto das imunidades, em sua gênese, e de forma ontológica.

Daí há decisão do Supremo Tribunal Federal, no Brasil, no sentido de que os parlamentares não podem abrir mão das imunidades, constando da decisão que “O instituto da imunidade parlamentar atua, no contexto normativo delineado pela Constituição Federal, como condição e garantia de independência do Poder Legislativo, seu real destinatário, em face dos outros poderes do Estado. Estende-se ao congressista, embora não constitua uma prerrogativa de ordem subjetiva deste. Trata-se de prerrogativa de caráter institucional, inerente ao Poder, que só é conferida ao parlamentar *retione muneris*, em função do cargo e do mandato que exerce. E por essa razão não se reconhece ao congressista, em tema de imunidade

parlamentar, a faculdade de a ela renunciar. Trata-se de garantia institucional deferida ao Congresso Nacional.”¹²⁶

Revelador, neste aspecto, a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Cautelar nº 4039, da qual foi Relator o Ministro Teori Zavaski, em que houve pedido formulado pelo Procurador-Geral da República, vinculado a acordo de delação premiada, devidamente homologada pelo Supremo Tribunal Federal, de prisão cautelar do Senador da República Delcídio do Amaral Gomez sob o fundamento de estar “empreendendo esforços para dissuadir Nestor Cerveró de firmar acordo com o Ministério Público Federal”, com fins de colaborar com a Operação Lava Jato.

Segundo o pedido apresentado pelo Procurado-Geral da República, o Senador teria oferecido a Bernardo Cerveró R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) mensais, destinados à família de Nestor Cerveró (ex-diretor da área internacional da Petrobrás S/A), bem como intercessão política junto ao Poder Judiciário a fim de facilitar a colocação em liberdade de Nestor Cerveró.

Os valores constantes da referida promessa seriam repassados por André Esteves, controlador do Banco BTG Pactual.

Relatou, ainda, o Ministério Público Federal, que o Senador ainda teria cooptado o advogado de Nestor Cerveró para ajudá-lo no convencimento da prática da empreitada, comprometendo-se a conversar com os ministros do Supremo Tribunal Federal, Teori Zavaski, Dias Toffoli e Edson Fachin, além de mediar tratativas com o presidente do Senado Federal, Senador Renan Calheiros, o Vice-Presidente da República, Michel Temer e o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes.

126 DE LAURENTIS, Roberto Dias Lucas. **Imunidades parlamentares e abusos de direitos (uma análise da jurisprudência do STF)**. In <http://www.revistaliberdades.org.br/site/home/home.php>

Teria oferecido, ainda, meios e rota de fuga do País, tendo, o Ministério Público Federal considerado estar o parlamentar em estado de flagrância, uma vez que estava manejando meios de embarçar, no plano da Operação Lava Jato, a investigação criminal que envolve a organização criminosa, além da prática de patrocínio infiel, delitos previstos, respectivamente, no art. 2º, § 1º, da Lei nº 12.850/13 e art. 355 do Código Penal Brasileiro.

Em determinada passagem do pedido, o Procurador-Geral da República refere que o Senador “deixa transparecer que explorará o prestígio do cargo que ocupa para exercer influência sobre altas autoridades da República, notadamente Ministros desta Corte Suprema (STF), o Presidente do Congresso Nacional e o Vice-Presidente da República¹²⁷”.

Cabe referir o fundamento utilizado pelo Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, quando refere que “O art. 53, § 2º, da Constituição da República proíbe a prisão de congressista, salvo em caso de flagrante delito de crime inafiançável. A regra prevista no dispositivo é, aparentemente, absoluta, e a exceção limitadíssima. Com efeito, a prisão cautelar não é cabível, na literalidade do dispositivo, em nenhuma de suas modalidades, nem mesmo com a elevada garantia do foro especial por prerrogativa de função. Por sua vez, a prisão em flagrante, além de fortuita, por depender da presença da autoridade no local e no momento do crime, ou logo após, somente é cabível em se tratando de crime inafiançável – a atual redação do Código de Processo Penal tornou afiançáveis, *in genere*, todos os crimes, permanecendo apenas a inafiançabilidade dos crimes hediondos e equiparados, porque de extração constitucional.

“O tom absolutista do preceito proibitivo de prisão cautelar do art. 53, § 2º, da Constituição da República não se coaduna com o modo de ser do próprio sistema constitucional: se não são absolutos sequer direitos fundamentais, não faz sentido que seja absoluta a prerrogativa parlamentar de imunidade à prisão cautelar. Essa prerrogativa, embora institucional,

127 Ver ação cautelar nº 4039, Rel. Min. Teori Zavascki. Supremo Tribunal Federal. In <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4892330>

é de fruição estritamente individual e, lida em sua literalidade, assume, na normalidade democrática do constitucionalismo brasileiro, coloração perigosamente próxima de um privilégio odioso”¹²⁸.

Além disso, e considerando que todo o pedido de prisão do senador se baseou em uma gravação feita pelo filho do delator, Bernardo Cerveró, o Ministro Teori Zavaski, a respeito da legalidade desta forma de gravação, como prova, mencionou que “Todavia, a gravação da conversa feita por um dos interlocutores sem o conhecimento dos demais é considerada lícita, para os efeitos da aludida vedação constitucional, quando ausente causa legal de sigilo ou de reserva de conversação”¹²⁹, salientando, ainda, o Ministro, que “o tema, aliás, acha-se vencido em repercussão geral (RE 583937 QO-RG, Relator: Min. Cezar Peluso, julgado em 19/11/2009, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO Dje – 237. Divulgado em 17/12/2009, Publicado em 18/12/2009, ement. Vol-02387-10, pp. 01741. RTJ vol. 220, pp. 589. RJSP v. 58, nº 393, 2010, p. 181-194).¹³⁰”

Já no corpo do voto do Ministro Teori Zavaski, se pode retirar a atuação do parlamentar, fora do parlamento, sem qualquer conexão legítima com sua atividade de Senador da República, mas usando do cargo para angariar a confiança do delator, a fim de dissuadi-lo de colaborar com a justiça, em flagrante desvirtuamento de suas prerrogativas. Narra o Ministro Teori Zavaski que “Delcídio do Amaral se coloca, ainda, como avalista do mecanismo, postando-se como capaz de obter decisões judiciais favoráveis a Nestor Cerveró, influenciando junto a Ministros da Suprema Corte”. A posição de senador atuante ainda se verifica pela utilização do parlamentar de seu chefe de gabinete, alertando o Ministro Teori Zavaski que “Diogo Rodrigues, chefe de gabinete de Delcídio no Senado Federal, atuaria como representante e executor do Senador no que era

128 Ver Ação cautelar nº 4039, Rel. Min. Teori Zavaski. Supremo Tribunal Federal, fls. 176/177. In <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4892330>

129 Ver HC 91613, Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 15/05/2012, Acórdão Eletrônico Dje-182, Divulgado em 19/09/2012, Publicado em 17/09/2012. RTJ vol. 00224-01, pp- 00392.

130 Ver ação cautelar nº 4039, Rel. Min. Teori Zavaski. Supremo Tribunal Federal, fl. 190. In <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4892330>

entabulado, sempre presente nas diversas tratativas realizadas pelo grupo”¹³¹, deixando claro que o senador se valia de todas suas prerrogativas de parlamentar, entre elas as imunidades parlamentares, a fim de, em desvio claro das atividades parlamentares propriamente ditas, tirar proveito indevido e não republicano de suas funções.

Mais precisamente sobre o tema das imunidades parlamentares, o Ministro Teori Zavaski se manifestou alertando que “Há, porém, questão importante: trata-se aqui de prisão de parlamentar federal, Senador da República, como tal protegido por imunidade prevista no art. 53, § 2º, da Constituição Federal”¹³²

Com relação à referida previsão constitucional, o Ministro Teori Zavaski salientou que “Cumpriria considerar, é certo, que o aludido art. 53, § 2º, da Constituição preserva incólume, no que diz respeito à disciplina das imunidades especificamente reconhecidas aos parlamentares federais, a regra geral segundo a qual, no âmbito das prisões cautelares, somente se admitiria a modalidade da prisão em flagrante decorrente de crime inafiançável.”¹³³

Nesse sentido, ainda disse o Ministro que “Retira-se de acórdão do Plenário do STF no Inquérito 510/DF, relator o Min. Celso de Mello, julgado em 1º.2.1991, época em que ainda se exigia a licença da casa legislativa para a instaurar ação penal contra parlamentar (antes, portanto, da edição da EC 35/2001): '(...) O exercício do mandato parlamentar recebeu expressiva tutela jurídica da ordem normativa formalmente consubstanciada na Constituição Federal de 1988. Dentre as prerrogativas de caráter político-institucional que inerem ao Poder Legislativo e aos que o integram, emerge, com inquestionável relevo, o instituto da imunidade parlamentar, que se projeta em duas dimensões: a primeira, de ordem material, a consagrar a inviolabilidade dos membros do Congresso Nacional, por suas

131 Ver ação cautelar nº 4039, Rel. Min. Teori Zavaski. Supremo Tribunal Federal, fl. 188. In <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4892330>

132 Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

133 Ação cautelar nº 4039, Rel. Min. Teori Zavaski. Supremo Tribunal Federal, fl. 200. In <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4892330>

opiniões, palavras e votos (imunidade parlamentar material), e a segunda, de caráter formal (imunidade parlamentar formal), a geral, de um lado a improcessabilidade dos parlamentares, que só poderão ser submetidos a procedimentos penais acusatórios mediante prévia licença de suas Casas, e, de outro, o estado de relativa incoercibilidade pessoal dos congressistas (*freedom from arrest*), que só poderão sofrer prisão provisória ou cautelar numa única e singular hipótese: situação de flagrância em crime inafiançável¹³⁴»

Assim, se em um primeiro momento a regra da imunidade parlamentar pertinente à *inviolability*, conforme fixada a nomenclatura no presente trabalho, se mostrava relativizada pela possibilidade de prisão em flagrante delito, em crime inafiançável, o Ministro trouxe à baila decisão outra do STF, na qual, considerando a gravidade do delito e das circunstâncias, tal relativização foi estendida.

Salientou, então, a Min. Carmem Lúcia, no acórdão mencionado anteriormente, que “(...) Os elementos contidos nos autos impõem interpretação que se considere mais que a regra proibitiva da prisão parlamentar, isoladamente, como previsto no art. 53, § 2º, da Constituição da República. Há de se buscar interpretação que conduza à aplicação efetiva e eficaz do sistema constitucional como um todo. A norma constitucional que cuida da imunidade parlamentar e da proibição de prisão de membro de órgão legislativo não pode ser tomada em sua literalidade, menos ainda, como regra isolada do sistema constitucional. Os princípios determinam a interpretação e aplicação corretas da norma, sempre se considerando os fins a que ela se destina. A Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia, composta de 24 deputados, dos quais, 23 estão indiciados em diversos inquéritos, afirma situação excepcional e, por isso, não se há de aplicar a regra constitucional do art. 53, § 2º, da Constituição da República, de forma isolada e sujeita aos princípios fundamentais do sistema jurídico vigente”.¹³⁵

De forma ainda muito mais incisiva, considerando a gravidade de caso referente à Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia, a Ministra Cármem Lúcia, referida na decisão do Ministro Teori Zavaski, afirmou que “A aplicação pura e simples de uma norma em situação que conduz ao resultado oposto àquele buscado pelo

134 Ver inquérito nº 510/Distrito Federal, j. 1º.02.1991, DJ 19.04.1991, Pleno do Supremo Tribunal Federal.

135 Ver HC 89417, Relatora Min. Cármem Lúcia, Primeira Turma, julgado em 22/08/2006, DJ 15-12-2006, pp. 96, ement. Vol. 2260-05, pp. 879.

sistema jurídico fundamental – que se inspirou na necessidade inegável e salutar de proteger os parlamentares contra investidas indébitas de anti-democracias – é negar a Constituição em seus esteios mais firmes, em seus fundamentos mais profícuos, em suas garantias mais caras. É ignorar a cidadania (art. 1º, inciso II) para enaltecer o representante que pode estar infringindo todas as normas que o deixam nessa legítima condição; é negar a submissão de todos, governantes e governados, ao direito, cuja possível afronta gera o devido processo legal, ao qual não há como fugir de maneira absoluta sob qualquer título ou argumento”.¹³⁶

Nesse sentido, e como razão de decidir, o Ministro Teori Zavaski ainda citou trecho da decisão da Ministra Cármen Lúcia, quando referiu que “... à excepcionalidade do quadro há de corresponder a excepcionalidade da forma de interpretar e aplicar os princípios e regras do sistema constitucional, não permitindo que para prestigiar uma regra – mais ainda, de exceção e de proibição e aplicada a pessoas para que atuem em benefício da sociedade – se transmute pelo seu isolamento de todas as outras do sistema e, assim, produza efeitos opostos aos quais se dá e para o que foi criada e compreendida no ordenamento. Tal é o que aconteceria se se pudesse aceitar que a proibição constitucional de um representante eleito a ter de submeter-se ao processamento judicial e à prisão sem o respeito às suas prerrogativas seria um alibi permanente e intocável dado pelo sistema àquele que pode sequer não estar sendo mais titular daquela condição, a não ser formalmente. (...) Haverá de haver remédio jurídico, sempre, a garantir que o corpo normativo fundamental não se deixe abater pela ação de uma doença que contraria a saúde ética e jurídica das instituições e que pode pôr a perder todo sistema constitucional”.¹³⁷

Considerados, pois, tais argumentos, foi decretada a prisão cautelar do Senador Delcídio do Amaral, de forma excepcional à previsão constitucional, embora, como afirmado pelo Ministro Teori Zavaski, o senador se encontra-se em flagrante delito de crime inafiançável.

Contudo, e para o que se propõe no presente tópico que é demonstrar, que não só o entendimento no Brasil, como de resto, na maioria das democracias atuais,

136 Ver HC 89417, Relatora Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 22/08/2006, DJ 15-12-2006, pp. 96, ement. Vol. 2260-05, pp. 879

137 Ver ação cautelar nº 4039, Rel. Min. Teori Zavaski. Supremo Tribunal Federal, fl. 203. In <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4892330>

vem em um mesmo sentido, como, o presente trabalho dá conta de que, mesmo com previsões excepcionantes expressas, como é o caso da Constituição da República Federativa do Brasil, há situações, nas quais não mais se vislumbram os nexos de afinidade entre a atividade parlamentar e aquela propriamente desenvolvida por este, que, por deslegitimar a imunidade parlamentar, possibilita supera tal situação, afastando-a e fazendo incidir, de forma sistêmica, todos os demais princípios e garantias constitucionais que, em última análise, pretendem a manutenção de um sistema jurídico uno e coerente, sem a extensão indevida de, antes prerrogativas, agora privilégios.

Ao final, na mesma decisão, foi determinada a remessa imediata dos autos ao Senado Federal, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolvesse sobre a prisão, na forma do art. 53, § 2º, da Constituição Federal.

Nessa ocasião, por 53 votos favoráveis, contra 11 contrários, foi mantida a prisão do Senador.

Cumprе ressaltar que, em função da Emenda Constitucional nº 35/2011, os votos na sessão foram abertos, o que determinou que os senadores expusessem, desde a tribuna, suas razões de decidir.

No entanto, e aqui a crítica que se vem fazendo a respeito de decisões judiciais sofreram viés político, muitos dos senadores manifestaram-se sobre a justiça ou injustiça da medida, considerando a conduta do senador Delcídio em sua vida pública, e não no caso em concreto.

Contudo, o que a medida pretende, salvo melhor juízo, é trazer à baila a possibilidade de verificação de qualquer tipo de perseguição contra o parlamentar, a fim de impedir que arbitrariedade contra ele venha a ser praticada, mas não nova análise, técnico-jurídica, por quem incompetente, a respeito do preenchimento dos requisitos que decretaram a prisão cautelar do senador.

4. Fundamentos gerais resultantes.

Dessa forma, e tomando como princípio os dois grandes sistemas a respeito das imunidades parlamentares, tidos como aquele adotado pelo Reino Unido e o adotado pela França, e considerando os parâmetros mestres por eles adotados, entendo possível passar a analisar as imunidades parlamentares, agora de forma esmiuçada, com as referidas classificações encontradas, as divisões existentes, as esferas políticas para as quais são direcionadas, a liberdade de atuação e locomoção que conferem, os discursos para os quais são previstas, enfim, a verificação de seus desdobramentos, tanto no continente europeu quanto no continente americano, de forma mais detalhada, em relação ao Brasil e Portugal, sem deixar de examinar, ainda que de forma passageira, eventuais entendimentos diversos, e seus reflexos possíveis, em países de igual importância no cenário mundial, ou, por outra, de atividade vanguardista ou retrograda, dignas de nota, dentro do propósito do trabalho.

Assim, o que se tem, e analisando ambos os sistemas de imunidades, acima fixados, são posicionamentos, os mais diversos, a respeito de temas comuns, não muito diferentes entre os referidos sistemas.

Nessa toada, e como se busca uma relegitimação das imunidades parlamentares, trazendo à tona sua essência justificadora, necessária a lição de Pedro Lomba, quando menciona os parâmetros basilares de um bom governo decorrente da existência de uma moralidade política, tema diretamente ligado ao presente trabalho. Refere que “Uma realidade próxima ou virtualmente confundível com a responsabilidade política é a ideia da moralidade política. Ante a dificuldade de definir a responsabilidade política, pode afirmar-se que uma governação responsável é aquela que age seguindo critérios morais de acordo com padrões de justiça, aquela cuja legitimidade é pública e consensualmente aceite. Um dos corolários da moralidade política é a interdição da arbitrariedade (Ottefried Hoffe, *La Justice Politique*, 31); outro, o respeito pelos direitos individuais dos cidadãos. Um poder que satisfaça esses três critérios será, nesta acepção,

considerado justo e responsável; será um governo respeitador das suas próprias obrigações morais e, por isso, merecedor das obrigações dos seus cidadãos. Será, em uma palavra, legítimo”¹³⁸.

Nesse sentido, e com esse foco, será necessário enfrentar a questão pertinente ao âmbito de atuação das imunidades parlamentares, ao modo de atuação, ao momento em que incidem, e sobre que, especificamente, devem incidir, a respeito dos legítimos detentores dessa proteção, e a consequente aferição a respeito do levantamento das imunidades, com a anuência da casa legislativa correspondente, de poder diverso do legislativo, ou, mesmo, do próprio parlamentar envolvido na situação.

Além disso, haverá a necessidade de verificação de quais os temas sensíveis à matéria, que se encontram por ela abrangidos, de forma direta, ou, de outra forma, quando esses mesmos termos, por extrapolarem limites fixados, deixarem de sê-lo.

Neste aspecto, parece relevante, ainda, examinar as formas de tentar alcançar eventuais desvios, possibilitar eventuais investigações e delimitar as possíveis formas de decisão a respeito de tudo isso, após todos os passos anteriores terem sido tomados, por qualquer dos modos possíveis, adiante examinados.

Se em um primeiro momento o problema trazido a estudo parece ser diversificado em demasia para o pretendido no presente trabalho, entendo ser aparência que se pretende se desvaneça com a continuação dos estudos e apresentações de conclusões, pois, ao final e ao cabo, apenas demonstrarão que o problema é só um, o de definir se o instituto das imunidades parlamentares se justifica por seus princípios ou, por outra, e hodiernamente, se apresenta como obstáculos processuais, tendo perdido sua essência legitimadora.

138 LOMBA, Pedro. **Teoria da responsabilidade política**. Coimbra Editora. 2008, pág. 72.

Sascha Hardt refere que para que se possa pensar a respeito de um sistema uniformizado de tratamento das imunidades parlamentares, se terá, primeiro, que buscar afinar a respeito dos princípios norteadores de cada Estado, mais precisamente em relação ao tratamento igualitário, às regras legais postas, à separação dos poderes e a respeito de disposições sobre direitos humanos.¹³⁹

Na visão de Luigi Ferrajoli¹⁴⁰, após o final da Segunda Guerra Mundial, com a difusão das constituições rígidas, o legislador passou a ser limitado, formal e materialmente, pelas previsões constitucionais, mostrando-se algo sem sentido, a utilização das imunidades parlamentares, em sentido contrário, sem a observância dos princípios constitucionais então postos.

Carl Schmidt, neste aspecto, quando classifica a Constituição como norma das normas, refere que “Aqui Constituição é algo normativo, um *dever-ser*, mas não se trata de leis ou normas particulares, mas, sim, de uma regulação total da vida do Estado, da lei fundamental, lei das leis. Trata-se de uma unidade de normas jurídicas. Nesse sentido, Constituição só equivaleria ao Estado se considerarmos o Estado como algo desprovido de existência concreta, como um sistema de normas, uma ordem jurídica. É assim, portanto, que se passou a dizer que a Constituição é soberana, uma verdadeira personificação da norma, pois apenas aquilo que tem existência real pode ser soberano. Só é possível chamar de soberana uma norma quando não é vontade ou mandamento positivo, mas sim Verdade, Razão e Justiça racional e, portanto, tem determinadas qualidades; pois, doutro modo, é soberano precisamente aquele que quer e manda”¹⁴¹.

139 Diz Sacha Hardt que “We hypothesise that this is the case among systems which adhere to the same constitutional values of equality, rule of law, separation of powers and human rights, as they are all faced with the same immunity dilemma. Identifying such principles will help, first of all, to create a benchmark for the critical assessment of immunity provisions despite the system-specificity which we have asserted. It can also provide the basis for future research and general thought about prospects of harmonisation or meeting international standards”. HARDT, Sascha. *Parliamentary Immunity. A Comprehensive Study of the systems of parliamentary immunity of the United Kingdom, France, and the Netherlands in a European Context*. Intersentia Ltd. Trinity House. Cambridge Business Park. United Kingdom. 2013. pág. 09.

140 FERRAJOLI, Luigi. **Jueces y política**. *Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*. Universidad de Camerino. p. 64. <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/1333/DyL-1999-IV-7-Ferrajoli.pdf?sequence=1>

141 SCHMITT, CARL. **TEORIA DA CONSTITUIÇÃO**, IN [HTTPS://PT.SCRIBD.COM/DOC/103272513/TEORIA-DA-CONSTITUICAO-CARL-SCHMITT](https://pt.scribd.com/doc/103272513/TEORIA-DA-CONSTITUICAO-CARL-SCHMITT)

Finalizando, ainda, com classificação proposta por Sacha Hardt, esta refere que se pode mencionar, em relação às imunidades parlamentares, de forma geral, na Europa, que “First, the purpose of parliamentary immunity is to protect the work of parliament; (...) The second conclusion follows directly from the first: rules of parliamentary immunity are not sacrosanct; (...) As a third conclusion, it also follows from the institutional nature of parliamentary immunity that is not tantamount to political immunity and must not be confused with”.¹⁴²

CAPÍTULO III – Classificação das imunidades parlamentares em uma perspectiva dogmática.

As imunidades parlamentares, como até aqui se pode observar, embora com origem relativamente bem localizada, passaram, após essa fase inicial, a ser reconhecidas de diversas formas, quer por leis gerais, quer por regulamentos internos, na maioria das democracias do mundo.

Dessa variação e diversificação de países e culturas que as integralizaram aos seus sistemas jurídicos ou políticos, resultaram inúmeras denominações, todas elas, contudo, trazendo para uma divisão binária, na qual, basicamente, se pode observar o cuidado com a manifestação de vontade do parlamentar e, de outro lado, o cuidado com a impossibilidade de detenção ou prisão do parlamentar, sem que sejam atendidas determinadas condições, sendo que em ambas as situações, como se enfrentará, tais especificidades, aqui e lá, nem sempre são claras e bem definidas.

Nesse sentido, e para fins de sistematização do presente trabalho, mantenho as expressões non-liability e inviolability como padrão para que possa excursionar sobre o tema, de forma mais ampla, com os desdobramentos que se pretende na continuação do trabalho.

1. Non-liability

¹⁴² HARDT, op. cit, págs. 52/53.

A non-liability tem a ver, essencialmente, com a possibilidade de o parlamentar expressar sua vontade, sua opinião, quer por meio de voto, quer por meio de manifestação em tribuna, ou, dependendo do país, em qualquer outra situação, sempre e quando no desempenho de suas atividades parlamentares, ou no exercício do mandato parlamentar, para as nações com previsões mais condescendentes.

Sascha Hardt diz que a non-liability “primarily means freedom of the parliamentary vote and freedom of speech in parliament or in a parliamentary context. This is the most ubiquitous form of parliamentary immunity”.¹⁴³ Acrescenta, ainda, que “Under non-accountability, parliamentarians may not be held legally accountable for their utterances and voting behavior in the assembly to which they belong. Usually, non-accountability is materially and temporally absolute. This means that any kind of legal action is barred and that this bar is perpetual, applicable even after the end of their mandate. Lastly, non-accountability usually cannot be lifted by parliament nor renounced by an individual member”¹⁴⁴.

Allen, quando resume o instituto de forma a passar, sistematicamente, como é enfrentado nos países da União Europeia, refere que “The protection against public penalties afforded by non-liability does not, however, exclude Members from disciplinary liability within the scope of Parliament or, in principle, from the application of measures of a political or partisan nature which may go to the point of exclusion”¹⁴⁵.

Para Carla Amado Gomes “A irresponsabilidade parlamentar exige quaisquer opiniões emitidas pelos deputados, no exercício de funções, à apreciação judicial, em procedimentos criminais, civis ou disciplinares”, sendo “um garante do princípio democrático em acto, uma defesa da impertinência do Parlamento”.¹⁴⁶

143 HARDT, op. cit, p. 04.

144 HARDT, op. cit, p. 04.

145 ALLEN, op. cit. p. 143.

146 GOMES, op. cit, p. 32.

O Relatório da Comissão de Veneza, publicado em março de 2014¹⁴⁷, classificou, de forma geral, a non-liability, após o exame de trato do tema nos mais diversos países aferidos no relatório, como sendo garantia presente em quase todos os países democráticos, ligada diretamente à atividade parlamentar, com o escopo na proteção do parlamento no exercício do mandato parlamentar, possuindo caráter absoluto, inclusive, sem a possibilidade de levantamento, ainda que a pedido do próprio parlamentar interessado.

Marc Bentinck e outros, sustenta que “The scope of non-liability normally covers protection against all kinds of public penalties for acts committed in the performance of members’ duties or, more popularly formulated, deals with members’ freedom of speech. In general, parliamentarians are not liable in civil or criminal terms for the acts encompassed within this form of immunity. Non-liability is also referred to as “substantive immunity”, “absolute immunity”, or “parliamentary immunity”

“Non-liability is composed of a liberty-right, a claim-right and an immunity-right: “The representative has a liberty-right because she does not have the duty to refrain from performing a range of actions. In addition, she has a claim-right because others have a duty not to prevent her from performing these actions. This is coupled with a further claim-right that the state uses coercive force to prevent others from interfering in the performance of those actions.”¹⁴⁸

Carla Amado Gomes¹⁴⁹ sustenta que a irresponsabilidade cola-se à pele do parlamentar, garantindo-lhe um plus de liberdade de expressão, que se traduz numa liberdade crítica. Sem esta, ainda segundo a autora, o exercício das funções parlamentares poderia ficar tolhido, o que provocaria uma deficiente formação da vontade da Assembleia.

Contudo, e para tanto, refere que “A chave da irresponsabilidade reside, sobremaneira, no nexo funcional entre a declaração proferida e as funções de

147 Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities, March 2014, CDL-AD(2014)011.

148 BENTINCK, Marc e outros. Non-labile? Inviolable? Untouchable? **THE CHALLENGE OF PARLIAMENTARY IMMUNITIES**. An Overview. **Publisher: Dick Toornstra** . European Parliament – OPPD, 2012.

149 GOMES, Carla Amado. **De novo sobre as imunidades parlamentares**. Textos dispersos de Direito Constitucional. Almedina. Lisboa, 2011.

representação do parlamentar desempenhadas; o mesmo é dizer que está coberta pela irresponsabilidade toda a atividade que suponha do seu autor a qualidade de parlamentar, indisponível a outro qualquer indivíduo que não parlamentar, por ilegal”¹⁵⁰.

Daí decorrem questões necessárias de serem enfrentadas atinentes à possibilidade de se analisar o nexo funcional como delimitador da existência de condições de procedibilidade ou de punibilidade, no sentido de que, constatada, efetivamente, a existência desse nexo funcional, se estaria diante de uma condição de punibilidade, insuperáveis, portanto; ao mesmo tempo em que, não tendo se configurado, se estaria se cuidando de condição de procedibilidade, com possibilidade de superação, portanto.

Além disso, e como critérios a serem inseridos como condições de procedibilidade, para avaliação do nexo funcional, poderiam ser inseridos os fatos de o mesmo ato ser praticado por qualquer do povo, com os mesmos resultados, caso tivessem sido praticados por um parlamentar.

Saliento que o resultado inócuo, ou o não-resultado, de atos de uns (parlamentares) ou de outros (não-parlamentares) para o que pretende o presente raciocínio, seriam tidos como desnecessários; e, portanto, afastados do nexo funcional, superando os pressupostos de procedibilidade e, a rigor, atingindo, por possibilidade de levantar a imunidade, a esfera jurídica do parlamentar.

Dessa forma, mais uma vez se constata a necessidade, principalmente pelo caráter absoluto da garantia, de se evitar o desvio de seu propósito, o que possibilitaria um desvirtuamento perigoso e nefasto, tanto à sociedade, que se tornaria vítima, bem como do próprio parlamento, uma vez que a deslegitimação do instituto, a rigor, o estaria enfraquecendo.

150 GOMES, Carla Amado. **De novo sobre as imunidades parlamentares**. Textos dispersos de Direito Constitucional. Almedina. Lisboa, 2011.

O que está em jogo, aqui, é a necessidade de garantir ao parlamentar, e, ao final, ao parlamento, a real liberdade de manifestação, em última análise, da vontade da cidadania, aqui representada pelo Poder Legislativo. Isso, no dizer de Allen, significa “With the regard to the acts covered by non-liability, these include, generally speaking, votes and opinions expressed”¹⁵¹.

Para tanto, e segundo restou exarado no Relatório da Comissão de Veneza¹⁵², o ideal é que as regras sobre *non-liability* venham expressas e definidas na constituição de cada país.

Aponta como motivos primordiais o fato de que, em razão da essencialidade da atividade parlamentar, sua proteção deve estar expressa, inclusive com possibilidades mais esmiuçadas naquelas previstas no art. 10 do ECHR.

Para além disso, salienta que a *non-liability* pretende a proteção da atividade parlamentar democrática, e não a do parlamentar - como de resto vem sendo defendido como a visão mais legitimadora do instituto das imunidades. Salienta que a proteção prevista no art. 10 do ECHR, por outro lado, atua basicamente na proteção individual do parlamentar, deixando a descoberto o parlamento, como fim último das imunidades.

Aqui, surge, portanto, mais uma possibilidade de aferição da atividade do parlamentar, como conduta em si, possibilitando o exame, em outras palavras, do que está de acordo com a função parlamentar e os interesses do parlamento; e, de outro lado, o que afeta, diretamente, os interesses pessoais do parlamentar.

Por último, a Comissão de Veneza ainda refere que o art. 10 ECHR, ainda que se refira a todos os membros integrantes do Conselho da Europa, não tem a força de preceitos constitucionais, deixando a descoberto, em relação a alguns de

151 ALLEN, op. cit, p. 143.

152 Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities, March 2014, CDL-AD(2014)011.

seus membros, situações não abrangidas nas constituições. Além disso, o já mencionado art. 10 do ECHR não protege parlamentares de procedimentos já instaurados.

Assim, as regras de proteção parlamentar de *non-liability* devem agregar efeitos de proteção processual contra ações civis e penais, bem como proteção contra ameaças de políticos opositores, do Poder Executivo e de membros do Poder Judiciário.

Refere a Comissão de Veneza que, “Such parliamentary non-liability should however not extend beyond the purpose of protecting the democratic functions of parliament. In particular it should not extend to the private behavior and remarks of the members concerned”¹⁵³.

Resta claro que esta vontade da cidadania, dos representados, encontra difícil parâmetro de medição a respeito de aferir se está, ou não, sendo respeitada, quando da manifestação de um parlamentar. Daí a quase impossibilidade, ao início, de se fixar parâmetros, ou dimensionar o espaço de atuação de um parlamentar, sob o argumento de estar agindo nos interesses de seus representados. Nesse sentido, refere Allen que “The scope of the protection afforded as regards ‘opinions’ stated is one of the most controversial aspects of non-liability”¹⁵⁴.

O que, se ao início do exercício de um mandato, poderia parecer ser divorciado daquela proposta apresentada, por exemplo, em campanha política, com o passar do tempo, e o desenrolar dos acontecimentos, o que não se justificava passa a ser justificado e, ao contrário, o que era justificável, atualmente, e por situações as mais diversas, não mais poderá sustentar um discurso parlamentar que se pretenda de acordo com o pacto firmado com os representados.

A manutenção, portanto, do discurso inicial, não é postura inexorável, mas sua alteração deverá ser justificada.

153 Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities, March 2014, CDL-AD(2014)011.

154 ALLEN, op. cit, p. 144.

Essa variabilidade de discursos, decorrentes das vicissitudes temporais da realidade social, tornam a apreciação objetiva da *non-liability* uma tarefa de difícil desempenho e alcance satisfatório. Contudo, tais situações, de outro lado, não podem redundar em atuações desmedidas que descambem para o absurdo, sob o pálio das imunidades parlamentares, correndo o risco de ferimento direto do instituto, tornando-o protetor do ilícito, no iníquo, do ilegítimo.

Ainda o Relatório da Comissão de Veneza apontou como existente, nos mais diversos países examinados na ocasião, e existência de pelo menos três formas de *non-liability*, previstas nas mais diversas legislações.

Restaram apontadas, assim, aquelas de natureza incondicional, que cobrem todas as manifestações de ideias, expressões, ligadas ao mandato, sendo ilimitada e sem a possibilidade de levantamento.

Além desta, agora com algum caráter de relatividade, o mesmo relatório aponta aquelas limitadas pela lei, segundo a qual não restam abrangidas pela proteção da *non-liability*, certas expressões consideradas reprováveis que contenham natureza caluniosa, difamatória, de ódio, de traição ou de revelação de segredo de Estado, fazendo uma ligação, necessária, com aquelas aferidas quando do exame do caso Pinochet.

Nessas condições, há que se considerar, sempre, que tais manifestações, em regra, deveriam estar diretamente ligadas ao exercício do mandato. Assim, se em alguns países, mesmo quando ligadas ao exercício do mandato, se adotadas quaisquer dessas condutas, haveria a possibilidade do levantamento da *non-liability*, sendo que no primeiro caso referido, por absoluta, não poderia ser levantada sempre e quando vinculada ao exercício do mandato.

Por último, o relatório ainda aponta aquelas com possibilidade de autorização de seu levantamento pelo próprio parlamento, com base em critérios

previstos, ou mesmo de forma discricionária, sendo que a primeira forma, por trazer maior segurança, a toda evidência, se mostra mais indicada.

O que me preocupa, na *non-liability*, a rigor, é o alcance de proteção acima daquele previsto para os cidadãos que não parlamentares, os quais, como no Brasil e em Portugal, possuem inúmeros direitos e garantias fundamentais, devidamente previstos nas respectivas constituições, os quais dão proteção quase que absoluta para condutas legitimadas, sendo que, nesse sentido, as imunidades parlamentares, no cotejo entre parlamentares e cidadãos, protegem, de forma superior, a manifestação do parlamentar, ainda que contrária aquelas garantias dos cidadãos, quando, em muitos casos, tal não é justificável. Nesse sentido, há decisões judiciais paradigmáticas, já referidas, e por referir, que bem demonstram a disparidade, de um lado, em relação à proteção em análise e; de outro, o desvirtuamento do instituto, que, reconhecido dessa forma, faz com que seja colocado em prática mais para alcance de interesses pessoais do parlamentar, distantes, portanto, daqueles decorrentes de sua atividade pública, e não como instituto protetor, de forma imediata, da atividade parlamentar, e, de forma mediata, da independência do parlamento, como poder de Estado.

Desta forma, o Relatório da Comissão de Veneza traçou, de forma clara, quais os parâmetros de alcance a serem estudados a respeito da *non-liability*, evitando-se, assim, o desprestígio do instituto, sem, contudo, desde logo, fixar os limites de tais parâmetros.

Assim, referiu a Comissão de Veneza¹⁵⁵, que se deverá definir, de forma clara, a quem se dirige o instituto da *non-liability*, salientando que há previsões no sentido de que estas são dirigidas aos parlamentares, sendo que em alguns países, além deles, aquelas pessoas que, de alguma forma, estiverem desempenhando atividade parlamentar pelas mais variadas situações.

155 Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities, March 2014, CDL-AD(2014)011.

Salientou, ainda, que a definição do alcance temporal da garantia também deve constar de forma clara, sendo que na maioria dos países estudados, esta inicia com a diplomação e, por fatos ocorridos durante o exercício do mandato, se mostra perpétua.

Determinou, ainda, a fixação de quais atos estarão cobertos pela imunidade *non-liability*, salientando que, em regra, se dirige à proteção absoluta das votações dentro do parlamento, nas comissões parlamentares ou sub-comissões. Esclareceu, ainda, que na maioria dos países, tal proteção se dirige, também, às opiniões externadas por ocasião desses atos, de forma oral ou escrita, demonstrando a necessidade, sempre, de haver vínculo entre o ato protegido e a atividade parlamentar.

A relativização, portanto, da *non-liability*, segundo o estudo da Comissão de Veneza, pode ocorrer sempre quando a manifestação do parlamentar for considerada particularmente ofensiva, ou em prejuízo a outros interesses, públicos ou privados, considerados superiores, deixando claro, mais uma vez, nas legislações mais modernas, que o escopo legitimador das imunidades não pode ser perdido de vista.

2. Inviolability

Segundo Allen, “In general this form of immunity is such that, unless Parliament gives its authorisation, no Member may be arrested or prosecuted for acts not carried out in the performance of his duties”¹⁵⁶.

A inviolabilidade, de outro lado, e para a autora referida, “significa que o deputado, desde o momento em que o mandato se inicia até o seu término, se encontra subtraído à acção do poder judicial, em virtude de crimes praticados dentro ou fora do âmbito das suas funções, salvo no caso de flagrante delito”¹⁵⁷

¹⁵⁶ ALLEN, op. cit, p.145.

¹⁵⁷ GOMES, Carla Amado. **As imunidades parlamentares no direito português**. 1ª Edição. Lisboa. Coimbra, 1998. p. 42

A *inviolability*, atualmente, e nos mais diversos países, trás uma grande resistência por parte da sociedade organizada, tendo em vista as inúmeras possibilidades de distorções a respeito dos fins a que se destina, deixando-a, em muitas nações, como sinônimo de impunidade, de impossibilidade de acesso à justiça, disparidade perante à lei, entre outros tão ou mais graves princípios inobservados em razão da sustentação da existência de tal instituto.

Marc Bentinck e outros, sustentam que “In general, this form of immunity is such that, unless parliament gives its authorisation, members may not be arrested or prosecuted for acts not carried out as part of their parliamentary functions.

“The scope of inviolability varies according to the degree of protection afforded to parliamentarians. It may thus be the case that, unless the house concerned has given its prior authorisation, parliamentarians are protected only from arrest or, in addition, from enforcement of particular measures such as searches or, more widely still, from a court summons or indeed any form of criminal proceedings.”¹⁵⁸

Se como visto, ao início, a *inviolability* se justificava pelo fato da existência de perseguições diretas aos parlamentares, impedindo-os de que chegassem ao parlamento, ou que de lá saíssem, com retorno aos seus locais de atuação e coleta de novos posicionamentos de seus representados, hoje, tal situação, considerando a estabilização das democracias, em regra, não mais se justifica.

A dificuldade atual de reconhecimento da *inviolability* decorre muito, também, do tratamento díspar e com ausência de critérios, flagrado por Sascha Hardt, quando refere que “Whereas non-accountability is a virtually universal feature of parliamentarianism, inviolability does not exist in all countries, and its exact scope differs considerably between systems. At times, inviolability can cover acts entirely unrelated to the parliamentary mandate, for instance traffic offences or theft. In other systems, a certain connection of an act with parliamentary activity must still be present for inviolability to apply. The

158 BENTINCK, Marc e outros. Non-liaible? Inviolable? Untouchable? **THE CHALLENGE OF**

PARLIAMENTARY IMMUNITIES. An Overview. **Publisher: Dick Toornstra** . European Parliament – OPPD, 2012.

effects of inviolability also differ: they range from the prohibition of arrest and detention to a general prohibition of all legal action, civil and criminal, and of all measures of investigation such as home searches or wiretapping”.¹⁵⁹

Além disso, e cada vez mais se enfraquece quanto mais distantes do vínculo com a atividade parlamentar se apresentam, a *inviolability*, em muitas situações, quando reconhecida de forma absoluta, afasta a atuação do restante da sociedade organizada na busca, por exemplo, do cometimento de delitos, quer, de forma direta pelo parlamentar, quer com sua anuência, e mediante atos indiretamente por ele levados a cabo, protegendo, escondendo, acobertando a atuação ilícita de sociedades criminosas organizadas, deixando sem acesso atos de corrupção, com profundos e graves resultados sobre a sociedade como um todo.

Nesse sentido, o Relatório da Comissão de Veneza¹⁶⁰ aponta como características gerais da *inviolability* o fato de que não estão previstas em todas as nações avaliadas pela Comissão, possuindo, além disso, quando presentes, previsões mais restritas, com um maior número de exceções, podendo ser levantadas, inclusive pela iniciativa do próprio parlamentar, dando conta, assim, do avanço das democracias mais avançadas no tema, deixando claro que, instituições valorizadas, respeitadas e com regulamentações claras a respeito dos poderes que possuem, não mais, nos dias de hoje, requerem a existência da *inviolability*, sob pena de, como se verá com mais vagar, abrir a possibilidade de cometimento de inúmeros atos ilícitos, quer diretamente perpetrados pelos favorecidos com a proteção, quer daqueles que dela se beneficiam, de forma indireta.

Para que o exame do levantamento das inviolabilidades, por parte do parlamento, seja viável, o procedimento deverá estar inserido no sistema de freios e contrapesos que norteia o funcionamento dos três poderes.

¹⁵⁹ HARDT, op. cit, p. 05.

¹⁶⁰ Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities, March 2014, CDL-AD(2014)011.

Contudo, tal sistemática, muitas vezes, não vem respeitada como idealizada, uma vez que oportuniza, de forma ainda que inconstitucional, que haja avanços de um poder sobre o outro, enfraquecendo a autonomia de cada um deles, sempre sob o argumento de que devem conviver de forma harmônica, o que, em regra, nos casos em que haja a necessidade de consideração política nas decisões, não ocorra.

Segundo a Comissão de Veneza, as regras sobre inviolabilidades não necessitam estar previstas nas constituições, pois não devem ter caráter de inflexibilidade assumida por tais normas, em regra. Consta do relatório da Comissão de Veneza que “The criteria both for establishing and lifting immunity should be regulated in a clear and precise manner, and the procedures should be as transparent and open as possible, so as to ensure that they are not missused for political porpuses”¹⁶¹.

Cabe salientar, de outro lado, que ainda que esteja protegendo, a inviolabilidade, em essência, eventual perseguição política a que possa estar submetido determinado parlamentar, tal situação, em regra, pode ser afastada quando haja a prisão em flagrante delito, uma vez que esta desvinculação se mostrará aparente.

Mesmo assim, e para demonstrar a necessidade de participação direta do Poder Judiciário, quando da decisão, os conceitos jurídicos que envolvem tal situação, são, novamente, em regra, dominados pelos integrantes deste Poder, trazendo mais tranquilidade aos envolvidos quando da decisão.

Há propostas em alguns países, conforme afirmado no Relatório da Comissão de Veneza, e pela própria Comissão defendido, que terceiro estranho ao fato poderá ser designado para tanto, não afastando, e aqui, discordando deste posicionamento, a possibilidade de uma decisão política, novamente.

161 Comissão de Veneza. Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities, March 2014, CDL-AD (2014)011, para 29.

Ainda assim, e mesmo que se admitisse tal situação, esta decisão, tomada pelo próprio parlamento, ou por terceiro, técnico, por ele nomeado, não poderia adentrar ao mérito da questão, sob pena de se estar tratando, novamente, de tribunais de exceção, tema bastante delicado, e recorrente em cortes históricos de desagradável lembrança.

O mais grave, ainda, nesta questão, é a existência da possibilidade, em alguns países, de a *inviolability* se manter mesmo quanto ao cometimento de crimes, por parte dos parlamentares, dissociados, de forma absoluta, de suas atividades públicas, trazendo à tona o lado perverso do instituto, uma vez que deixa a sociedade alijada, tanto do acesso à justiça, quando do controle efetivo das atividades de seu representante.

O Relatório da Comissão de Veneza aponta como exceções mais comuns de levantamento da *inviolability* as prisões em flagrante, o cometimento de crimes graves, crimes de menor potencial ofensivo, sendo que a própria Comissão de Veneza sustenta que tal imunidade não pode incidir sobre crimes graves, principalmente¹⁶².

3. A interface entre ambas

Há um tema pouco enfrentado pela literatura especializada consultada, com relação à interface existente entre ambas as figuras de imunidades aqui examinadas.

Segundo Ergun Özbudun, “Parliamentary inviolability should be distinguished from parliamentary non-liability. Both are immunities or privileges recognised to the members of Parliament in order to protect the public interest. Although these two institutions are generally treated together under the title of parliamentary immunities, they are different in terms of their legal nature and the interests they specifically protect. The aim of parliamentary non-liability is to

162 Comissão de Veneza. Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities, March 2014, CDL-AD (2014)011, para 29

protect the freedom of expression of members of Parliament in their parliamentary activities, thereby ensuring that they can perform their parliamentary duties without the fear of punishment. Inviolability (freedom from arrest) is to protect the members of Parliament from politically motivated, arbitrary or unfounded criminal prosecution for acts not carried out in the performance of their parliamentary duties. This is to ensure that they can attend to their parliamentary duties without undue interruptions”.¹⁶³

Não obstante a possibilidade de defini-las, ou diferenciá-las, por definições a respeito das garantias de liberdade de expressão, por parte dos parlamentares; das definições a respeito de quando o parlamentar pode ser preso em flagrante, ou do período de duração de uma e de outra, ou ainda, da possibilidade de levantamento, quer por iniciativa do próprio parlamentar, quer por iniciativa do parlamento; certo é que, em muitas ocasiões, a indefinição entre uma e outra pode se mostrar bastante aparente, levando Sascha Hardt a afirmar que “In effect, non-accountability and inviolability cannot always be clearly distinguished, especially if both concepts are not clearly separated in legislation”.¹⁶⁴

A questão surge, por exemplo, quando se está enfrentando tema ligado à liberdade de manifestação do parlamentar, a qual, por qualquer circunstância, dentre as passíveis de ser tidas como excepcionantes à garantia da imunidade, determine que o parlamentar venha a responder sobre determinado fato.

Há um apontamento, trazido pela Comissão de Veneza, dando conta de que, na Alemanha, quando houver ofensas difamatórias, perpetradas por um parlamentar, a *non-liability* pode ser levantada, observando-se, a partir de então, as regras pertinentes à *inviolability*¹⁶⁵, deixando clara a existência dessa inter-relação mencionada.

163 ÖZBUDUN, Ergun. **Constitutional debates on parliamentary inviolability in Turkey**. European Constitutional Law Review, Bilkent University, Turkey, 1: 272–280, Pág. 273. 2005.

164 HARDT, op. cit, p. 05.

165 Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities, March 2014, CDL-AD(2014)011.

Nesse aspecto, há que diferenciar o que é levantamento de *non-liability* do que, a rigor, nunca foi considerado abrangido pela respectiva imunidade. Diferente disso, é a *inviolability* que, com caráter muito mais amplo, não se refere a crime específico, mas, em regra, à condição de parlamentar.

Contudo, se inicialmente tal imunidade se mostra superada, entendo que, no caso de desproteção em decorrência de manifestação de vontade, esta, em um segundo momento, passará a ter que enfrentar, mais uma vez, a necessidade de levantamento, por afastamento das possibilidades previstas, da imunidade pertinente à *inviolability*.

Explico, se em um primeiro momento a *non-liability* se mostrou não existente e, portanto, o parlamentar deveria responder pela manifestação expressada, em desacordo com os limites, já bastante extensos da *non-liability*, esta, diferentemente da *inviolability*, passaria, agora, a percorrer os caminhos porventura existentes e autorizadores do levantamento da *inviolability*, deixando claro, que a opinião do parlamentar, e do parlamento, em última análise, vem protegida de forma dupla, desvelando o princípio fundamental que deve nortear o instituto das imunidades, qual seja, o de garantir que o parlamento atue, com manifestações de vontade decorrente das votações de seus integrantes, da forma mais autônoma e independente, possível, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes.

Entendo impossível entendimento em outro sentido, quer-se dizer, aceitando o processamento de parlamentar, de forma direta, pelo afastamento inicial da *non-liability*, sem que haja a necessidade de observar o procedimento, eventualmente previsto, para o levantamento da *inviolability*, com consequente processamento do parlamentar, quer pelo Poder Judiciário, quer por outro órgão, conforme previsão do país em questão.

Mais que isso, entendimento em sentido contrário, determinaria que o cometimento de crimes, fora do exercício do mandato, ou em razão deste, mas sem

que entrassem no exame da liberdade de manifestação do parlamentar, tivessem uma proteção superior àquela, uma vez que, embora indiretamente ligados ao exercício do mandato, determinariam a adoção de procedimento específico para o levantamento da imunidade, enquanto no caso de ser aceito o levantamento da *non-liability*, este passo seria dado em apenas um ato, com efeito duplo.

Contudo, interpretação possível, a respeito, diz com a possibilidade de, em não reconhecendo a proteção da *non-liability*, sobre determinada manifestação de parlamentar, não importando o local de ocorrência desta, tal situação, por si só, já viesse a configurar um ato a ser considerado como atinente à *inviolability* e, portanto, passível de ser levantado, em um único momento.

A questão é pouco enfrentada na doutrina pesquisada, como adiantado, deixando claros de interpretação, mas não afastando posicionamento a respeito. A vinculação, portanto, entre ambas as figuras, se com uma conceituação clara e determinada parece não ocorrer, quando se busca aprofundar o exame, com a constatação de casos limítrofes, tal não se mostra tão evidente, justificando, dessa forma, o enfrentamento do tópico, como de resto realizado aqui.

4. Influências na teoria do crime

De forma genérica, as imunidades parlamentares, como acima delimitadas, trazem consequências diretas sobre a teoria do crime, como situação modificadora de vários de seus elementos, em decorrência de qual das figuras se está tratando. Assim, enquanto a *non-liability*, pela natureza do instituto, afasta a existência do crime, desde quando reconhecidas; a *inviolability*, de outro lado, impede que este crime seja processado, investigado, protelando, dependendo da situação, quase que indefinidamente sua apuração.

4.1. Criminalidade convencional

Enquanto para a criminalidade convencional temos dispositivos legais expressamente previstos, com larga história de interpretação decorrente de anos de exame judicial a respeito, no caso dos fatos que desafiam as imunidades parlamentares, a situação não é a mesma, pois aceitam a influência das vicissitudes da vida política, com as mais variadas interpretações, possibilitando o acobertamento, por exemplo, de crimes graves de corrupção, diretamente cometido pelos parlamentares, ou por eles acobertados, sob o palio da proteção das imunidades.

Há uma necessidade de se ater a essas diferenças substanciais, sob pena de se possibilitar a adoção e utilização, de forma institucionalizada, do instituto das imunidades, como forma de, ao contrário da criminalidade comum, afastar, com a autorização de um dos poderes do Estado, a atuação dos demais, quer por suas instituições, quer por atuação direta, na investigação, resolução e punição dos mais diversos crimes.

4.2. O problema da etiologia do crime

Considerando a etiologia como o ramo do conhecimento cujo objeto é a pesquisa e a determinação das causas e origens de um determinado fenômeno, esta pesquisa se faz mais especializada quando, em decorrência do mau uso do instituto das imunidades parlamentares, a ocorrência do cometimento de crimes que, a rigor, não deveriam estar por elas acobertados, dão azo, por via transversa, a elevado número de práticas criminosas só existentes no meio político e, as mais das vezes, pela certeza da proteção indevida dos envolvidos.

Segundo TANGERINO, “a indissociabilidade entre o crime e a pena afliativa, registre-se, constitui um elemento central da referida racionalidade penal moderna”¹⁶⁶. O que determina que, um, sem a outra, a rigor, não funciona, o que, no caso de imunidades parlamentares desvirtuadas, determina, em última análise, um incentivo ao

166 TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. Editora Saraiva. São Paulo, 2014.p. 32

cometimento de crimes, uma vez que nenhuma pena afliitiva se mostra possível de ser aplicada.

Assim, os efeitos das imunidades parlamentares sobre a vontade dos agentes, no sentido de que estas, ao contrário das demais, não encontram limitações quando agem, uma vez que as normas penais a elas não se dirigem.

Há efeitos, inclusive, sobre a imputabilidade dos agentes, no sentido de se examinar se há uma vontade viciada, ontologicamente, ou apenas o conhecimento prévio de situação permissiva. Nesse sentido, Tangerino afirma que “É a liberdade do homem que o torna culpado por seu agir contra um valor juridicamente protegido”.¹⁶⁷

Nesse sentido, e muito especificamente em relação às imunidades parlamentares, cabe salientar que, conforme afirmado por Beccaria, dentre as características relativas ao Direito Penal, “está a de ter a missão própria, diretamente ligada ao seu objeto: a de defender o contrato social”¹⁶⁸.

Considerando, assim, dentre as vertentes do contrato social, aquela que liga representados e representantes, mais precisamente em relação ao Poder Legislativo, se mostra perigosa a situação tão aludida de enfraquecimento das imunidades parlamentares, no que diz com sua legitimidade, uma vez que, utilizada de forma indevida, ainda que com permissivos legais pertinentes, afasta, sobremaneira, o cumprimento desta parte do contrato social, uma vez que afasta a possibilidade de aplicação de penas a crimes desta natureza, como acima referido.

Pedro Lomba define como tema delicado aquele que envolve “a relação entre a responsabilidade política e a representação política”¹⁶⁹, salientando que “antes de procurar refletir a vontade dos seus representados, os representantes devem actuar responsavelmente perante eles”¹⁷⁰, afinando, neste sentido, com o defendido no presente trabalho, com

167 TANGERINO, op. cit, p. 50

168 TANGERINO, op. cit, p. 51

169 LOMBA, op. cit, p. 76.

170 LOMBA, op. cit, p. 77.

relação a possibilidade de alterações conjunturais, no decorrer do desempenho de um mandato, o que, em princípio, não determinaria o descumprimento do acordado com o representado, mas sim a adequação, de forma responsável, das condutas do representante a fim de fazer frente à nova realidade.

Nesse sentido, e finalizando o tópico, cabe o fecho dado por Pedro Lomba, ao mencionar que “Por fim, a representação possui outra exigência, mais positiva do que cautelar: não só impõe a harmonia e identidade 'entre a vontade nacional e a vontade dos governantes’¹⁷¹, como também exige que os representantes actuem no interesse e em benefício dos seus representados”.¹⁷²

4.3. O problema metodológico das imunidades parlamentares

As imunidades parlamentares, como bem salientado pelo Relatório da Comissão de Veneza, se em relação a *non-liability* encontram alguma metodologia de tratamento com pontos em comum, no que pertine à *inviolability*, a situação se mostra absolutamente dispersada pelas mais variadas formas de tratamento, quer pelo conteúdo de mérito, quer pela forma como avaliada, considerando os diplomas legais ou regulamentares nos quais são previstas.

Não obstante isso, vários aspectos delimitam o enfrentamento do tema, ainda que não definidos, nas mais variadas abordagens que sofrem nos diferentes países nos quais as imunidades são reconhecidas, dando a chance, contudo, de, a partir dessas classificações, quase que perenes, se poder, em relação a elas, sugerir, para fins de definição da resolução do problema proposto, quais as mais adequadas para atingimento dos propósitos aqui definidos como legitimadores das imunidades.

171 SÉGUR, Philippe, **Qu'es-ce que la responsabilite politique**, 1607 apud LOMBA, Pedro. **Teoria da responsabilidade política**. Coimbra Editora. 2008, pág. 78.

172 LOMBA, op. cit, p. 78.

Nesse sentido, contudo, e antes de uma necessária determinação, o que se pretende no capítulo seguinte, se faz necessário a definição de quais são os parâmetros comuns de enfrentamento das imunidades, nas mais diversas legislações, quer de caráter constitucional, legal ou infralegal.

Deve-se considerar, para tanto, e de acordo com o Relatório da Comissão de Veneza¹⁷³, que fatores há, hoje em dia, que fizeram reforçar o sentimento a respeito da diminuição da necessidade de existência das imunidades parlamentares, no sentido amplo.

Nesse sentido, e como aspectos que reforçaram tal situação, se aponta a falta de ingerência direta do Poder Executivo sobre o parlamento; a independência do Poder Judiciário; e, os direitos e garantias individuais, estendidos a todos os cidadãos, mais precisamente em relação à liberdade de expressão, bem como a de impossibilidade de prisão sem ordem judicial legal, a não ser em flagrante delito.

Além disso, e ainda segundo o Relatório Da Comissão de Veneza¹⁷⁴, a *inviolability*, considerando o combate à corrupção política, são as mais criticadas e reexaminadas, nos dias de hoje.

Ainda que historicamente tenham surgido para garantir a separação dos poderes, e aqui há uma forte ligação entre estas, de caráter interno, e aquelas direcionadas ao direito internacional, como aos chefes de Estado, e às diplomáticas, uma vez que a intenção, lá era garantir a independência dos poderes; e, aqui, a soberania das nações, hoje em dia, no âmbito interno, não mais se permite entender que a possibilidade de processamento de um parlamentar venha a ferir a independência dos poderes, muito antes pelo contrário.

As questões definidas no âmbito das imunidades parlamentares, embora de formas diversas enfrentadas pelos países que reconhecem o instituto, dizem com

173 Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities, March 2014, CDL-AD(2014)011.

174 Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities, March 2014, CDL-AD(2014)011.

a matéria por elas abrangidas, a quem se destinam, a natureza absoluta, ou relativa, de suas previsões, a possibilidade de levantamento, com a fixação das mais variadas iniciativas, o tempo de duração das imunidades, além de outras a serem enfrentadas.

Dessa forma, e se em um primeiro momento das imunidades parlamentares se dividem em duas principais e reconhecidas divisões, que dizem com a *inviolability* e com a *non-liability*, estas duas divisões, em um segundo momento, devem enfrentar subdivisões pertinentes a forma de desempenho do instituto, desde a matéria a qual se destinam, com todos os conceitos e elementos daí decorrentes, até o momento em que permanecem se legitimando, deixando claro que a forma de enfrentamento de cada uma dessas figuras irá determinar, conforme se observará, uma maior ou menor eficácia do instituto em relação aos fins que se propõe, resultando, em última análise, em uma maior ou menor legitimidade perante o cidadão.

4.4. Bem jurídico

O bem jurídico tutelado pelas imunidades, mantendo esta ausência de metodologia no trato do instituto, pode variar conforme as concepções que recaem sobre o tema, nas mais variadas nações.

Assim, enquanto em algumas nações, com relação à *non-liability*, o que está sendo protegido é o próprio parlamento, em outras, o que se pretende proteger é a atuação própria do parlamentar; situação que, a rigor, com relação à *inviolability* também se apresenta possível.

No entanto, e como crítica desta visão buscada com o presente trabalho, o bem jurídico a ser protegido pelas imunidades, ao final e ao cabo, para além do exame de proteção do parlamento ou do parlamentar, diz com a atividade parlamentar, que, embora de difícil definição prévia, é passível de ser aferida, após a

ocorrência, mediante a delimitação de parâmetros de deslocamento e atuação de atividades que digam respeito às atividades parlamentares.

Dessa forma, diferentemente de se entender que o parlamentar ou o parlamento devem ser protegidos, tendo suas autonomias reconhecidas, a atividade parlamentar, como bem jurídico maior a ser protegido, se, ainda que não de forma ideal, mas principiológica, venha a ser alcançado, por consequência, tanto o parlamento, quanto o parlamentar, restarão salvaguardados de quaisquer possíveis ingerências, internas ou externas, indevidas.

Nesse sentido afirma Simon Wigley¹⁷⁵ que quase todas as imunidades são criadas para proteger a função exercida, pelo indivíduo, mais do que o próprio indivíduo. Assim, se sempre há a necessidade de haver uma pessoa a ser protegida pela imunidade, como ocorre com a imunidade sobre interesses públicos, sobre descobertas, entre outras. A única exceção, segundo o autor, é a imunidade advinda dos direitos humanos, trazendo a baila o tópico do confronto entre estes e os atos praticados por parlamentares.

Nesse sentido, a função protegida ajuda a definir a linha entre a atuação do parlamentar que pode, ou não, ser questionada legalmente. Ainda segundo Simon Wigley, esta linha se caracteriza pela combinação dos seguintes parâmetros: “type of act; time of act; place of act e form of legal questioning”¹⁷⁶.

Refere, em relação ao tipo de ato, a possibilidade de haver discurso racista, mas sem qualquer tipo de agressão física; em relação ao tempo do ato, este deverá ocorrer enquanto parlamentar e, no período da sessão legislativa; com relação ao local do ato, poderá ser no interior do parlamento, no território do país do parlamentar; e, finalmente, quanto à forma legal de questionamento do ato, poderá

175 WIGLEY, op. cit, p. 23.

176 WIGLEY, op. cit, p. 25.

decorrer de investigação, prisão, corrupção, divulgação de segredo de Estado, entre outros.

A variação de tais elementos, portanto, possibilitam qualificar ou expandir o alcance das imunidades, dependendo de como restarem formalizados na legislação própria, possibilitando um melhor e mais esclarecedor entendimento do instituto, aproximando-se, cada vez mais, do ato legislativo que necessariamente deve ser protegido.

4.5. Antijuridicidade

Mais uma situação importante no tratamento do tema, diz com a antijuridicidade do fato, em condições normais, aqui afastada pelo reconhecimento da imunidade parlamentar de *non-liability*.

Assim, o que ao início seria antijurídico, sob o pálio da *non-liability*, deixa de sê-lo, novamente trazendo situação de extrema relevância no mundo jurídico, importando necessidade de reflexão séria a respeito do tema, sob pena de possibilitar-se, com tal situação, os mais variados cometimentos de delitos, sob o argumento de se estar atuando em nome do mandato parlamentar, ou do próprio parlamento, dependendo da legislação que salvaguarde tal atuação.

Nesse sentido, cabe referir a doutrina de DIEZ RIPOLLES, quando refere que “El Derecho penal em su conjunto, y el concepto de delito a él ligado, poseen consecuentemente unas referencias teleológicas específicas. No les corresponde una función configuradora del orden social o estatal sino una más limitada, centrada em la mera protección de determinados bienes jurídicos. No obstante, no debe exagerarse tal referencia, dada la imprecisión del concepto de bien jurídico, su presencia em outros sectores jurídicos y su proclividad a una protección demasiado exhaustiva. Tal función se enriquece com las referencias derivadas de que estamos ante um sector que desarrolla la protección de esos bienes jurídicos, aplicando a las conductas que los lesionan las consecuencias jurídicas más graves de las que dispone todo el ordaniamiento. Ello no debe suponer atender sólo a reflexiones derivadas de los

fines de la pena, dado su exclusivo componente político criminal, con la subjetividad y carga ideológica que ello implica, además del riesgo de perder la función limitadora de la dogmática. Una amplia y duradera aceptación de las valoraciones jurídico-penales exige acudir asimismo a consideraciones sobre el fundamento de la pena, lo que implica introducir el principio de proporcionalidad, basado en la presencia de un injusto suficientemente grave como para ser merecedor de pena, y el de culpabilidad”.¹⁷⁷

Afirma, ainda, e seguindo a doutrina de GÜNTHER¹⁷⁸, que “Estas referencias teleológicas básicas, necesitadas de un desarrollo ulterior, no deben limitarse a ser un criterio de interpretación, sino que deben determinar la configuración de las diversas categorías y conceptos del delito”.¹⁷⁹

Assim, a concepção unitária da antijuridicidade determina que ela mesma, ou suas causas de exclusão, indiquem, de forma direta, a licitude ou ilicitude de uma conduta, tendo como ponto de análise o ordenamento jurídico como um todo.

Nesse sentido, DIEZ RIPOLLES afirma que “La antijuridicidad, correctamente entendida, debe satisfacer cuatro funciones: mantener su coherencia con el hecho punible en su conjunto; diferenciarse de los restantes elementos del delito; mantener la coherencia entre todo el ordenamiento jurídico y el Derecho penal, y diferenciar a este de aquél”.¹⁸⁰

Ainda que se tenha em mente a teoria dualista da antijuridicidade, apresentada por Franz von Listz, segundo a qual esta era dividida em relação ao aspecto material e ao formal, JIMENEZ DE ASÚA, analisando dita classificação, refere que “El delito, en cuanto constituye un acto injusto, es, como la infracción civil, un acto culpable contrario al Derecho. Esta reproberación jurídica que recae sobre el acto es doble: 1º El acto es formalmente contrario al Derecho, en tanto que es transgresión de una norma

177 RIPOLLES, José Luis Diez. **La categoría de la antijuridicidad em el derecho penal**. Segunda edición.

Editorial IbdeF. Montevideo/Buenos Aires. 2011. p. 25.

178 Ver GÜNTHER, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, C. Heymanns Verlag, 1983.

179 RIPOLLES, op. cit, p. 25.

180 RIPOLLES. op. cit, p. 26.

estabelecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición de orden jurídico. 2º El acto es materialmente antijurídico, em cunato significa una conducta contraria a la sociedad”.¹⁸¹

Salienta, contudo, o autor referido, a confusão em relação a essa divisão proposta, uma vez que apenas apresenta, com nomenclatura diversa, a tipicidade, como a parte formal da antijuridicidade; e a antijuridicidade, propriamente dita, como a parte material da divisão proposta, o que, para o que se pretende, não trás maiores consequências, uma vez que se busca, quer adotando-se a teoria unitária, como de resto se faz, ou a dualista, o entendimento pacífico de que, para o afastamento do reconhecimento de antijuridicidade de determinada conduta, como um ato praticado por parlamentar, a fim de este se legitimar, e, por conseguinte, ver sobrepujado um outro bem jurídico, tal atuação deverá estar inserida naquelas atinentes à atividade legislativa, propriamente dita, sob pena de desequilíbrio na aferição da proteção aos bens jurídicos tutelados pelo direito penal.

Novamente, não se pretende o afastamento, puro e simples das imunidades parlamentares, mas se busca sua atuação clara e o mais precisa possível, garantindo a atuação livre e autônoma dos parlamentares, mas sempre vinculados ao desempenho de suas atividades políticas, como agentes integrantes do próprio parlamento, e não como agentes estranhos aos objetivos últimos do Poder Legislativo, passando à natureza de elemento parasita, aproveitador das condições fornecidas por seu órgão hospedeiro, atingindo-o, como de resto é da natureza parasitária, até o exaurimento e extinção, com posterior busca de novo corpo legitimador de suas atuações ilícitas e perniciosas.

No dizer de Celso Ribeiro Bastos, “o que seria crime se fosse cometido por um cidadão, não o é sendo cometido por um parlamentar”¹⁸², advertindo que, a partir disso, evidentemente, tudo o que se fala sobre a teoria do crime, com as suas mais

181 DE ASÚA, D. Luis Jimenez. **La teoría jurídica del delito**. Discurso leído en la solemne inauguración del curso académico de 1931 a 1932. Imprenta Colonial, Estrada Hermanos. Madrid. 1931.

182 BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, Editora Saraiva. São Paulo, 2000. pág. 362.

variadas consequências, fica em suspenso quando houver o envolvimento de um parlamentar.

Já Roberto Dias Lucas de Laurentis afirma que a irresponsabilidade, tida no presente trabalho como *non-liability*, “se trata de uma norma constitucional que exclui o próprio enquadramento típico das condutas por ela abrangidas, com vistas a assegurar o livre exercício da atividade parlamentar, uma das bases do regime democrático”¹⁸³, referindo restar claro, assim, que a mesma atividade proibida por lei penal, em função da *non-liability*, passa a ser facultada.

Nesse sentido, DIEZ RIPOLLES vê necessário, ainda, entender a relação entre as categorias do tipo penal e da antijuridicidade. Diz ele que “Mientras la primera selecciona, a partir de criterios teleológico-penales, entre las conductas generalmente antijurídicas aquellas que son merecedoras de pena, la segunda se ocupa de confirmar, a través de un análisis más individualizado que puede tener en cuenta circunstancias excepcionales, el juicio de injusto provisionalmente contenido en el tipo, lo que desarrolla atendiendo a la posible presencia ya no de elementos merecedores de pena positivos sino negativos”.¹⁸⁴

Assim, e a partir disso, em relação às imunidades parlamentares, há a necessidade de manutenção do foco no nexo entre o ato praticado pelo parlamentar e as atividades próprias do parlamento, ou mesmo do corpo de parlamentares, para que, em cotejo com o sistema jurídico como um todo, se verificar, efetivamente se, embora típico, o ato praticado pelo parlamentar merece estar albergado pelas imunidades e, a partir daí, encontrar uma excludente de antijuridicidade a legitimá-lo.

Para J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira a Constituição portuguesa, de outro lado, trata, de forma conjunta, dentro do conceito de inviolabilidade, a “dimensão objectiva”, por se destinar “a garantir a funcionalidade de qualquer órgão de soberania”; e, “a dimensão subjectiva e pessoal, porque, além de garantir a liberdade de expressão, de voto e de decisão dos titulares de órgão de soberania, ela é também uma causa

183 LAURENTIS. op. cit, p. 16.

184 RIPOLLES. op. cit, p. 31.

pessoal de exclusão da ilicitude”¹⁸⁵, tema este, a ser enfrentado com mais vagar, ainda no presente trabalho, trazendo os desdobramentos desta conclusão decorrentes.

5. Imunidades parlamentares como condições de punibilidade ou de procedibilidade

Antes do enfrentamento mais detalhado do tema, necessário deixar consignado, como de resto, em relação a todo o instituto das imunidades parlamentares, a necessidade de se prever, de forma expressa, qual a natureza das condições a serem enfrentadas, a fim de se possibilitar o processamento, ou a punição de um parlamentar, uma vez que a ausência de sistematização coerente do instituto farão variar a análise, conforme a formação do quadro político-histórico competente para a apreciação, dando azo a decisões diversas sobre fatos semelhantes.

Segundo a doutrina examinada, ao lado das condições genéricas da ação, surgidas desde a declaração da autonomia do direito de ação, apresentada por Windscheid, e divididas em possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade de partes, por Liebman, há, ainda, a divisão em condições de procedibilidade e condições de punibilidade.

Enquanto as condições de procedibilidade servem como requisitos para que o Ministério Público possa agir em juízo, as condições de punibilidade interessam, diretamente, à tipicidade penal. Estas, portanto, funcionam como requisitos inerentes à tipicidade e, nessa condição, todas atuam como importantes determinantes contra iniciativas do Ministério Público sem possibilidade de êxito.

Segundo Nelson Hungria “o Direito Penal cogita de condições objetivas de punibilidade quando a punição da conduta penalmente ilícita fica condicionada a certas

185 CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. op. cit, p. 122.

circunstâncias extrínsecas ao crime, isto é, diversas da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade”¹⁸⁶.

São chamadas objetivas, ainda segundo Hungria, porque são alheias à culpabilidade do agente. Nada tem a ver com o crime em si mesmo, pois estão fora dele (não há confundir as condições em apreço com os chamados pressupostos do crime, isto é, fatos e situações preexistentes, a que a lei subordina o reconhecimento de determinado crime ou grupo de crimes).

Segundo Giuseppe Bettiol, há casos determinados nos quais o legislador, embora considerando estruturalmente perfeito o crime, faz depender a punibilidade do fato delituoso da verificação de um ulterior evento, que Código e doutrina chamam de condições de punibilidade. Tal critério isola a condição de punibilidade dos elementos do fato, e enquanto o fato é o complexo de elementos materiais reconduzíveis à ação humana, a condição de punibilidade deve encontrar-se fora de qualquer repercussão que a ação humana possa ter sob o aspecto da causalidade física ou da psicológica, deixando claro que, dependendo da previsão legal pertinente, o fato, imodificável, poderá, ou não, ser punível.¹⁸⁷

Nesse mesmo sentido, a posição de DELITALA quando afirma que “a condição de punibilidade deve encontrar-se fora de qualquer relação causal com a ação humana. Se a condição se encontra em relação de dependência causal com a ação do agente criminoso, de modo que não pode ser, tecnicamente condição objetiva de punibilidade, no sentido de que possa ser considerado como efeito, embora remoto da ação, tal evento não poderá ser considerado condição de punibilidade, mas será elemento constitutivo do tipo”¹⁸⁸.

186 HUNGRIA, Nelson apud BOSCHI, José Antônio Paganella. Ação Penal. Denúncia, queixa e aditamento. Editora AIDE. Rio de Janeiro, 1993.

187 BETTIOL, Giuseppe apud OLIVEIRA, Eugênio Pacelli e FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal**. 2ª edição. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2011, p. 852

188 DELITALA apud OLIVEIRA, Eugênio Pacelli e FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal**. 2ª edição. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2011, p. 852

Dessa forma, Eugênio Pacelli de Oliveira¹⁸⁹, nos casos em que se faz presente a condição objetiva de punibilidade, embora consumado o delito, o fato ainda não será punível, de forma que não há como se falar em pretensão penal.

Já JIMÉNEZ ASÚA defende que “las condiciones objetivas y extrínsecas de punibilidad que mencionan los autores no son propriamente tales, sino elementos normativos, y más comumente modalidades del tipo. En caso de ausencia funcionan como formas atípicas que destruyen la tipicidad”¹⁹⁰.

Questão relevante, e que resulta em posição delimitadora da legitimidade das imunidades, propósito último do presente trabalho, diz, por exemplo, com fato ocorrido no Brasil, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 35/01, em função da qual não mais se mostra necessária, em relação aos parlamentares, a autorização prévia do parlamento para a instauração de ação penal. O que ocorre é que, em havendo denúncia, e comunicada esta ao parlamento, o andamento do processo poderá ser susado.

Assim, e nos casos em que houver denúncia, portanto, com a constatação da presença de tipicidade, em havendo, tão somente a possibilidade de manifestação posterior à denúncia, pelo parlamento, o fato típico já restou implementado pelo Ministério Público, restando, apenas, a possibilidade de trancamento da ação penal, agora como condição posterior de procedibilidade.

O que se deve ter em mente, portanto, em relação aos diversos sistemas a serem examinados, ou já examinados, é em que momento há a intervenção do parlamento, e de que forma, em relação aos crimes cometidos por parlamentares, de um lado; e, de outro, se tal apreciação pelo parlamento tem a possibilidade de afirmar a atipicidade, ou ao contrário, apenas atuar como impedimento processual.

189 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli e FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal**. 2ª edição. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2011, p. 852

190 ASÚA. op. cit, p. 153.

Há uma divisão clara a respeito da natureza das imunidades parlamentares, quando examinadas como condições de punibilidade ou de procedibilidade, portanto.

As primeiras, dizem, principalmente, com a existência, ou reconhecimento do ato praticado como criminoso.

Parte, portanto, do início, definindo, ou não, o fato como criminoso, ainda que, para o caso de o agente não estar protegido pela imunidade parlamentar, a rigor, tal ato estar adequado a tipo penal, antijurídico e culpável.

Há, ainda, a possibilidade de determinado ato, embora tido como antijurídico, ainda que praticado por parlamentar, vir a enfrentar novo obstáculo, qual seja o da existência de uma condição de procedibilidade, variável e dependente da forma de estipulação pela legislação pertinente.

Novamente, e considerando, ainda de forma genérica, os pressupostos de punibilidade e de procedibilidade, é evidente a necessidade de uma delimitação clara, pública, precisa e passível de ser fiscalizada, para o reconhecimento de quaisquer das figuras aqui, de forma preliminar, apresentadas.

Enquanto as condições de procedibilidade possuem conteúdo nitidamente processual, indicando que o Ministério Público, ou outra autoridade com atribuição para tanto, não poderá agir sem o preenchimento ou autorização delas advindas; as condições de punibilidade tem conteúdo penal, consistindo em, na lição de Heleno Cláudio Fragoso¹⁹¹, “elementos ou circunstâncias exteriores ao fato que, por motivos de política criminal, condicionam sua ilicitude penal ou sua punição”.

Dessa forma, a condição de punibilidade é aquela que está subordinada à própria existência do direito de punir.

191 FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições. A nova parte geral**. Forense, 8ª ed. Rio, 1985, p. 223

Nesse sentido, e se referindo de forma conjunta a ambas as figuras aqui tratadas, Frederico Marques salienta que como o direito de punir só se exerce pelas vias processuais desde que estejam presentes seus requisitos, as condições de procedibilidade e de punibilidade não deixam de ser, também, condições do exercício do *jus puniendi*, o que autoriza o seu enquadramento como categorias autônomas.¹⁹²

Nesse sentido, Jorge Alberto Romeiro afirma que as condições de procedibilidade pressupõem a já existência de um crime, enquanto que a condição de punibilidade se constitui, exatamente, no preenchimento de requisitos para, aí sim, a constatação da existência de um crime.¹⁹³

Na visão de Luigi Ferrajoli “O ilícito, de acordo com a estrutura lógica das garantias, é uma condição normativa somente necessária e, mas não suficiente, para a aplicação da pena, que pode exigir condições ulteriores, tais como a ausência de eximentes, as condições de punibilidade e de procedibilidade, ademais de todo o resto de garantias penais e processuais que condicionam a validade da definição legal e a comprovação judicial do delito”¹⁹⁴.

Nesse sentido, ainda segundo o autor referido, tais condições afetam, inclusive, a possibilidade do proceder de ofício, mesmo do Ministério Público, quando refere que “A publicidade e a obrigatoriedade da ação penal não são contraditadas pelo fato de que em alguns casos o exercício do poder de acusação seja subordinado a algumas manifestações de vontade configuradas pela lei como condições de proceder”¹⁹⁵, deixando claro, mais uma vez, a necessidade de apreciação e definição criteriosa, nos casos de imunidades parlamentares, a fim de não impossibilitar, de forma deliberada, a busca por investigação e eventual processamento de parlamentares criminosos.

192 MARQUES, Frederico apud BOSCHI, José Antônio Paganella. Ação Penal. Denúncia, queixa e aditamento. Editora AIDE. Rio de Janeiro, 1993.

193 ROMEIRO, Jorge Alberto. **Da ação penal**. 2ª ed., Forense, Rio. 1978. p. 172

194 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do garantismo penal**. 39ª ed. Editora RT. p. 339

195 FERRAJOLI. op. cit, p. 526

Isso se faz necessário, ainda segundo Ferrajoli, pelo fato de que, após tendo havido a previsão legal a respeito, “A discricionariedade, por conseguinte, não é em tais casos do Ministério Público e tampouco do Juiz, mas só da parte lesada ou da autoridade pública (possivelmente o próprio parlamento), a qual o ordenamento reserva o poder de decidir acerca da oportunidade de uma tutela penal do bem ofendido pelo crime”¹⁹⁶, que no caso das imunidades parlamentares, sempre terá envolvimento com interesse público.

Ainda, se adotarmos a divisão das condições de punibilidade, conforme defendido por Ferrajoli, em condições subjetiva e objetivas, teremos naquelas a necessidade de aferir a respeito da natureza do crime cometido; e, nestas, a necessidade de aferir a natureza do réu envolvido, tornando claro, que tanto umas como outras, dependendo da previsão legislativa a respeito, poderiam ser utilizadas, e o são, em relação às imunidades parlamentares, trazendo maiores entraves, tanto ao processamento de eventual fato, considerado crime, como na condição mesma da existência do crime, dependendo de quem tenha cometido o ato.

Dessa forma, e aqui se deve separar bem o que se está defendendo, uma vez que o trabalho pretende o afastamento de entraves jurídicos ou legislativos ilegítimos, em relação às imunidades parlamentares, é salientar que sempre que a atividade do parlamentar se encontrar dentro daquelas legitimamente previstas para o atendimento do cumprimento de seu mandato, e, ao final, do atendimento e proteção da independência do Parlamento, as imunidades parlamentares se legitimam, e, as condições objetivas de procedibilidade, como tal, não se mostram ilegítimas.

Nesse sentido, Ferrajoli afirma que “As condições objetivas de procedibilidade visam, sob dois aspectos, a discussão do caráter indisponível e fundamental do bem ofendido, de um lado; e, de outro, a tutela da autonomia da parte ofendida, salvo em relação às imunidades parlamentares, aonde atua, sempre, como salvaguarda dos interesses do

196 FERRAJOLI. op. cit, p. 526

“parlamento”, em detrimento destes outros dois interesses tão ou mais sensíveis, em se tratando de coisa pública”.

5.1. A atipicidade e as condições de punibilidade.

Como já enfrentado, a non-liability trás a possibilidade de fato, anteriormente reconhecido como típico, em função da existência da referida imunidade parlamentar, vir a perder essa natureza em razão de ser o ato praticado justificado.

No entanto, e nessas condições, o ato é atípico, pura e simplesmente, ou, ao contrário, permanece típico, contudo dependente de uma condição de punibilidade que se encontra afastada, ou não perfectibilizada, pelo fato de haver uma previsão legal que assim a reconhece.

A discussão, novamente, não pretende ser exauriente, mas, e sem fugir do propósito final do trabalho, ir transpondo todos os caminhos que levam à necessidade de uma legitimação do tema, deixando-o mais claro e palpável aos consumidores finais, que, a rigor, são os próprios representados.

Dessa forma, entendendo-se como condição de punibilidade o fato futuro e incerto que se verificado impede que o parlamentar venha a ser reconhecido como praticante de um fato típico, novamente, aqui, nos deparamos com o conflito entre os interesses do parlamentar, como representante do povo, ou como indivíduo, e os do próprio parlamento, devendo-se realizar aferição o mais precisa possível, para que se delimite até aonde se vai com condições legítimas de punibilidade, ou apenas como a existência de obstáculos processuais que, de resto, implicam nas mais sérias críticas ao instituto das imunidades.

Segundo, ainda, Heleno Cláudio Fragoso, as condições objetivas de punibilidade constituem elementos exteriores ao fato, afirmando que, em certas

figuras de delito, o legislador subordina a punibilidade do fato à superveniência ou à ocorrência de determinada condição exterior à conduta delituosa¹⁹⁷.

Refere o autor, ainda, que a doutrina alemã, em sua maioria, entende que as condições de punibilidade são independentes da conduta, não precisando estar abrangidas pela causalidade física ou psicológica, como de resto se defende neste trabalho.

José Frederico Marques afirma que “Se a sentença declarar inexistente uma condição de procedibilidade, não há decisão definitiva ou julgamento sobre o mérito, e, sim, uma interlocutória que apreciou apenas o direito de ação ou a regularidade da relação processual. O inverso se dará com as condições de punibilidade, porque, então, a sentença apreciará a procedência ou improcedência da pretensão punitiva, decidindo o mérito”¹⁹⁸.

A dificuldade de definir e conceituar as condições objetivas de punibilidade, em todo o campo do direito processual penal, e mais detidamente no campo das imunidades parlamentares, pela natureza destas, trás profundo desprestígio ao instituto, determinando, na opinião de Schonke-Schoreder,¹⁹⁹ somente ser possível delimitar se determinada circunstância é condição de punibilidade ou característica do tipo diante de cada disposição de lei, e não de forma geral, partindo-se, daí, a uma aferição a respeito, pelo Poder Judiciário.

Rittler sustenta que as condições objetivas de punibilidade são características que nenhuma influência exercem sobre a valoração do fato e sua reprovabilidade.²⁰⁰

197 FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade.**

(http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo41.pdf)

198 MARQUES, José Frederico. **Curso de Direito Penal.** Editora Forense. Vol. III, pág. 32.

199 FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade.**

(http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo41.pdf)

200 FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade.**

(http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo41.pdf)

Em definição pertinente ao tema, FLETCHER sustenta que “Las reglas precesales son las que conciernen meramente a la manera y a los medios con los que el derecho... es reforzado, y las reglas sustantivas son las que significativamente afectan al resultado”²⁰¹.

Contudo, na esfera penal, acrescenta, “depende también del contexto jurídico el que una determinada regla se conceptue como sustantiva o como procesal. El derecho legal no determina los límites entre sustancia y proceso, ni la forma en que esos límites cambian según el contexto en que se plantea el problema. Las distinciones básicas de la Justicia penal requieren, por tanto, un análisis filosófico y conceptual que vá mas allá del puro Derecho positivo de cada país. En estas materias no basta simplemente con leer la ley o el código penal. Hay que pensar el problema y construir los conceptos que nos permitan la solución más lógica del mismo”.

CAPÍTULO IV – A independência parlamentar e o controle das imunidades

O capítulo, a princípio, pode trazer a sensação da inviabilidade de convivência entre o instituto das imunidades parlamentares e a independência e autonomia, tanto da atuação do parlamentar, como do parlamento, ambos como sensíveis demonstrações da atuação de um Poder de Estado.

No entanto, e em sentido exatamente contrário, esta necessidade vai ao encontro, primeiro, exatamente da independência e da autonomia do parlamento, e, em um segundo momento, e por decorrência, embora com retorno direto, com a credibilidade, aceitação e legitimidade do parlamento, e seus agentes, junto aos representados.

A ausência de regulamentação a respeito, ou, mesmo que existente, uma regulamentação vaga, imprecisa, sujeita as mais variadas interpretações, suscetível

201 FLETCHER, George P. **Conceptos basicos de derecho penal**. Ed. Tirant lo Blanch. València, 1997.

de pressões intercorrentes e circunstanciais, além de outras questões enfrentadas e posicionadas no presente capítulo, deixam claro que a fragilidade e a legitimidade do instituto das imunidades, ao contrário do que possa parecer, não decorrem da liberdade desmedida de atuação, do parlamento, ou dos parlamentares, mas, sim, da segurança necessária no trânsito pelo mundo legislativo, e, em última análise, do mundo da regulamentação da vida em sociedade, por meio de diretrizes fixadas, sempre de acordo com os princípios existentes nas constituições.

Simon Wigley²⁰², em trabalho sobre as imunidades parlamentares e os cuidados a respeito da facilitação da prática de atos de corrupção, levanta a questão de saber se as imunidades parlamentares servem para proteger os interesses dos representados ou, de forma desviada, somente dos representantes.

Salienta que, desde os atos de corrupção, como venda de voto, até atos ilegais mais mezinhos, como a direção de veículo automotor após ingestão de álcool, podem ficar afastados da apreciação dos tribunais.

Por tais motivos, sustenta que o princípio racional por trás desta tendência é que a única maneira de prevenir a tomada de decisões que busquem o benefício político pessoal e o sucesso eleitoral, é o de tornar tais decisões passíveis de serem examinadas pelo Poder Judiciário, após inquérito, com a sanção já cominada.

A interferência do próprio parlamento, quando competente para tomar decisões em casos que tais, dá a possibilidade de decisões arbitrárias, tendenciosas ou mesmo advindas de setores políticos com ideias diferentes, conforme já fixado.

Caso interessante trazido pelo autor Simon Wigley é o de Fiona Jones/1999²⁰³, candidata do partido trabalhista do Reino Unido, que foi condenada

202 WIGLEY. op. cit, p. 30.

203 Ver o caso Fiona Jones/1999, <https://www.lccsa.org.uk/hm-attorney-general-on-behalf-of-the-speaker-authorities-of-the-house-of-commons-v-fiona-elizabeth-anne-jones-1999/>

sob a alegação de ter fraudado a prestação de contas de sua campanha eleitoral, ou, ao menos, omitido alguns dados.

A decisão dos pares determinou a perda do cargo por parte da parlamentar, primeira a sofrer tal punição desde o incremento do Ato de Prevenção à Corrupção e Práticas Ilegais, no parlamento do Reino Unido, instituído em 1883.

Contudo, na Corte de Apelação, obteve reversão da decisão, quando, naquela casa, restou constatado que, mais do que provas e testemunhas contra a candidata, houve evidente posicionamento político de seus adversários, deixando clara a interferência ilegítima em fatos que, a rigor, pretendiam evitar o cometimento de atos ilícitos e, em decorrência das vicissitudes legais, propiciaram que outros fossem cometidos com, agora sim, a natureza ilegítima, no mínimo.

No entanto, e o caso se presta muito para demonstrar as consequências nefastas e quase irreversíveis nessa situação, embora a parlamentar tenha retomado seu lugar no parlamento, continuou sendo alvo de matérias de imprensa a respeito, sendo que não só não se reelegeu no pleito seguinte, como acabou sucumbindo ao alcoolismo e encerrando sua carreira.

Dessa forma, estando os parlamentares imunes, de forma absoluta, de ações judiciais, mais viva aparece a possibilidade de avançarem ou abusarem de suas prerrogativas, distorcendo o escopo das imunidades parlamentares.

Nesse sentido, o desafio permanente do presente trabalho diz com a busca da medida exata entre a proteção dos eleitores, por intermédio dos parlamentares, mais precisamente de interferências externas, bem como da limitação das possibilidades de abusos, dos próprios parlamentares, como acima referido.

Apresentando divisão diferenciada no tema das imunidades parlamentares, Simon Wigley divide a matéria em duas modalidades básicas, classificadas mais pela forma de controle exercido sobre os atos dos parlamentares, do que, propriamente, aos atos eventualmente protegidos pelas imunidades parlamentares²⁰⁴.

Refere o autor, assim, a existência do modelo Legislative Agency Model, segundo a qual “only bars the legal questioning of the immediate legislative agency of representatives”; e o Authorization Model, “requires the consent of the representative assembly before the non-legislative agency of representatives can be legally questioned”²⁰⁵.

Ainda segundo o autor acima referido, o Authorization Model, se regulamentado de forma correta e precisa, determinando os exatos termos em que a autorização será encaminhada, bem como de que forma será apreciada, exigirá um “envolvimento cívico, proporcionando uma base suficiente, tanto para a proteção do Parlamento, quanto para a contenção da corrupção política”²⁰⁶.

Com razão Simon Wigley quando afirma a necessidade de haver uma resistência ao exame direto das cortes das questões envolvendo os parlamentares, ficando claro, aqui, que por não fazer o autor a diferenciação para fins de apreciação das imunidades entre a *non-liability* e a *inviolability*, o tema se apresenta genérico.

Mas trazendo a afirmação para a divisão mais escoreita na doutrina especializada, se conclui que isso está direcionado aos atos legislativos diretamente ligados à atividade parlamentar, mantendo aquela conexão necessária por nós sustentada, a manter a legitimidade da proteção decorrente das imunidades.

Não obstante o autor afirme a carência de doutrina a respeito da fundamentação das imunidades parlamentares, embora estas existam nos mais

204 WIGLEY. op. cit, pp. 23-40.

205 WIGLEY. op. cit, pp. 23-40.

206 WIGLEY. op. cit, p. 33.

diversos países, com as mais diversas naturezas de democracias, entende ele que há uma ausência de investigação sobre os argumentos justificadores das imunidades como um componente de regra democrática.²⁰⁷

Assim, e nesse sentido, se pode vislumbrar a necessidade de enfrentamento dos seguintes tópicos:

1. A necessidade de regulamentação.

Como já referido, a necessidade de regulamentação do instituto das imunidades trás direta relação com a relegitimação das imunidades frente aos representados, ou, por outra, na busca da essência justificadora do instituto.

Não se pretende ver cerceada a atividade legislativa, bem como todas aquelas atividades, ditas secundárias, ou indiretas, que tenham relação com a atividade legislativa propriamente dita. O que se pretende é ver este âmbito de atuação devidamente delimitado, quer para benefício dos representados, quer para a legitimação do próprio parlamentar.

Não se está, como em um primeiro momento poderá parecer, pretendendo impossibilitar, dentro em pouco tempo, a atividade legislativa, uma vez que amarrada em regulamentação passível de restar ultrapassada. Ao contrário, conforme constatado na parte histórica do presente trabalho, onde se pode ver que as origens do instituto distam, no caso da Reino Unido há mais de 300 anos, tendo a mesma base e fundamento.

A delimitação, como todo o instituto que se pretende perene por necessário, acompanhará, com absoluta certeza, as transmutações da sociedade, suas evoluções, protegendo, ainda, de eventuais involuções que venham a exigir uma atitude mais forte e drástica do parlamento, a fim de proteger a sociedade, como um todo, de eventuais retrocessos que, aos mais desavisados, determinem o

207 WIGLEY. op. cit, p. 35.

grito livre do parlamento, denunciando e demonstrando o lado pernicioso de pretensões escurias e afastadas do bem comum.

Maiores são as possibilidades de restrição da autonomia e liberdade do parlamento quanto maior for a ausência de regulamentação das diretrizes básicas de atuação de seus agentes, quer por influências indevidas externas, quer por influências indevidas internas, quer pela atuação desviada de seus próprios agentes.

Afirma Simon Wigley que “inexistindo compulsão legal, os parlamentares poderão restar motivados por interesses pessoais ou políticos, de minorias, na defesa de forças externas ao parlamento, ou mesmo daquelas veladas, e no interior do parlamento, negligenciando suas funções típicas, promovendo pontos de vista afastados, ou sem a presença do mérito político ou administrativo, legitimador de suas funções e, por conseguinte, da proteção destas pelas imunidades parlamentares”²⁰⁸.

De qualquer forma, ainda afirma Simon Wigley, nesse sentido se deve “considerar que essa pressão pode ser a causa da falha na busca do interesse público por parte dos parlamentares, afastando eventual responsabilidade diretamente da má-fé do próprio parlamentar, uma vez que, ou não se sente seguro o suficiente para resistir a tais pressões, ou tem dúvidas pertinentes à existência de proteção legislativa, relacionada às imunidades parlamentares a salvaguardarem seus atos”²⁰⁹.

Assim, e muito em razão disso surge o desejo de interferência jurídica em razão de que a assembleia dos representados, após a devida deliberação, irá tomar decisões que irão prejudicar o interesse público ou serão contrários a eles, o que, em regra, não representará a posição da maioria, mas, sim, de grupos políticos ou de poderosas instituições ou corporações diretamente estranhas ao parlamento.

Dessa forma, a existência de uma legislação precisa, ao contrário de minar a independência legislativa, irá garantir a função precípua de representação.

208 WIGLEY, op. cit, pp. 23-40.

209 WIGLEY. op. cit, p. 38.

Salienta o autor, sem entrar em um maior aprofundamento no sistema de freios e contrapesos entre os poderes, que uma vez apropriadamente configurada tenha sido, as imunidades parlamentares serão relevantes porque a simples delimitação de quais são as respectivas atribuições de cada um dos poderes, ou instituições estatais, não serão suficientes para obstaculizar uma interferência externa ao parlamento²¹⁰.

O que se retira daí, a rigor, é uma visão e possível alcance dos objetivos precisos das imunidades parlamentares a salvaguardarem a atuação parlamentar das mais diversas ingerências indevidas, quer de outros poderes, quer de parlamentares que possuam maioria representativa, quer da opinião pública, de interesses econômicos, ou de quaisquer outras interferências ilegítimas, estranhas ao debate aberto, de defesa de ideias, a sustentarem e, no máximo, tentarem angariar votos dentro do parlamento, no sentido de eventual posição defendida por parlamentar, evitando que, nessas condições, tais manifestações venham, ao final, terminar em uma decisão judicial que, em regra, se mostrará estranha e ilegítima, quando o quadro acima restar observado.

Nesse diapasão, aponta Hans Kelsen que há grandes e “graves dificuldades conceder ao mesmo corpo representativo decisão sobre a perda do mandato ou acerca de estarem ou não verificados os pressupostos legais sob os quais essa perda deve efetuar-se. É preferível recorrer a um tribunal independente, inclusive para mera proposição, apesar de que essa última poderia corresponder também aos partidos organizados”²¹¹.

2. A diferença entre posição de minorias e interesses de poucos.

O parlamento, como Poder de Estado, também existe para a defesa dos interesses das minorias. Não é disso que se trata no presente item.

210 WIGLEY. op. cit, p. 25.

211 GOMES, Enéias Xavier. Da crítica de Hans Kelsen às imunidades parlamentares. In <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1132/R%20DJ%20critica%20Kelsiana%20-%20Eneias%20Xavier.pdf?sequence=1>

Enquanto por minoria podem ser entendidas aquelas decorrentes de conjuntos da sociedade com visões diferentes, ou mesmo contrárias a da grande maioria, ou, por outro lado, grupos de parlamentares que se posicionam com ideologias e visões diversas de uma mesma causa, mas em número reduzido, sem a possibilidade de fazer valer tal entendimento; os interesses de poucos, de outro lado, se mostram ao contrário de tudo isso, que de forma geral, e em tese, ainda legitima o instituto das imunidades parlamentares, por necessário.

Quando se fala em interesse de poucos, estes tem conotação individualista, com objetivos absolutamente definidos e, de forma direta levados a efeito pelo parlamentar, quer em decorrência de sua atuação no parlamento, quer fora dele, ou por outra, a sua atuação de convencimento desviado de outros parlamentares, com o objetivo de fazer valer a intenção de terceiros, escusos e alijados do objetivo maior do alcance do bem social.

Assim, e nesse diapasão, a regulamentação das atividades parlamentares, ou, por outra, da área de atuação protegida pelo instituto das imunidades deverá levar tal situação em conta.

Se ao mesmo tempo que os grupos minoritários, quer no interior do parlamento, quer na sociedade, como um todo, devem ter suas vozes liberadas e livres para a manifestação de suas intenções de mudanças, ainda que contrárias à média de disposição do parlamento, ou da sociedade, tal situação deverá ser prevista, e evitada, quando, ao contrário de minorias se estiver tratando do interesses de poucos, o que, a toda evidência, não quer dizer a mesma coisa.

3. Defesa de forças externas, que não os poderes executivo e o judiciário.

Aqui a discussão muda de viés. Se estamos tentando defender a necessidade de regulamentação precisa do instituto das imunidades, como forma de legitimá-lo, ao mesmo tempo defendemos que a ingerência dos demais poderes de

Estado não são, atualmente, as maiores ameaças à liberdade de expressão, de atuação e de voto dos parlamentares.

Simon Wigley refere a necessidade de se definir o que se deverá entender por “questioning outside Parliament”²¹², defendendo que as imunidades parlamentares pretendem impedir as iniciativas externas solicitadas com o objetivo de aplicação da lei aos parlamentares, em decorrência de investigações, medidas de busca e apreensão, e outras possíveis no arcabouço legislativo de cada país; e, além disso, daquelas originadas pelas autoridades competentes, como juízes, promotores, policiais, afastando, assim, as ingerências daí afastadas, mas que, de fato, ainda influenciam no parlamento.

Assim, o abandono de determinado parlamentar por seu eleitorado, ainda segundo o autor referido; as críticas, porventura advindas da imprensa; manifestações populares que se posicionam de forma contrária à conduta de determinado parlamentar, não podem, por ação das imunidades parlamentares, serem compelidos a se comportarem de forma diferente.

Para além disso, não se podem inserir nesse contexto de proteção das imunidades parlamentares, as ações decorrentes do sistema de freios e contrapesos, previsto na maioria das democracias modernas, em função dos quais, revisões judiciais e vetos do Poder Executivo não podem ser considerados como ofensas às imunidades parlamentares.

Nesses termos, e segundo opinião de Simon Wigley, “o objetivo principal do instituto das imunidades parlamentares é o de permitir que o parlamentar legisle sem a interferência de qualquer outro setor do Estado, garantindo, tendo em vista o princípio da independência e harmonia entre os poderes, o debate, a exposição de motivos e a livre votação dos parlamentares, para além do simples poder de promulgação de leis”²¹³.

212 WIGLEY. op. cit, pp. 23-40.

213 WIGLEY. op. cit, pp. 23-40.

Com isso, o autor mencionado deixa claro o que constitui a atividade parlamentar e quão necessário se mostra a atuação e conduta do parlamentar nesta senda, sem desvios outros que, sob a alegação desta legítima imunidade, pretenda proveitos próprios, ou de qualquer forma escusos, que, novamente, redundem no descrédito e deslegitimação do instituto.

Nesse aspecto, de forma restrita e sem qualquer subterfúgio linguístico, as imunidades parlamentares criam, ainda segundo Simon Wigley, “uma esfera de “auto-jurisdição”, em relação à atuação parlamentar, excluindo o controle judicial, propriamente dito, deixando, apenas para o Parlamento a decisão sobre a conduta de seus membros”²¹⁴.

De outro lado, mas ainda nesse sentido, não se pode descurar da necessidade de possibilitar que forças econômicas, principalmente, possam vir a influenciar, de alguma maneira escusa, na atividade dos parlamentares, ou, por outra, utilizarem-se do processo legislativo, por exemplo, ainda que devidamente observado em suas normas procedimentais, a fim de angariarem posicionamentos legais em seu benefício.

Nesse sentido, a liberdade de atuação e expressão dos parlamentares, que não aqueles diretamente envolvidos, porventura, em tais situações, trará a possibilidade de atuação dos demais poderes, dentro de suas competências, a fim de evitar a utilização indevida de instituto que, aqui, serviria para encobrir atividades ilícitas.

Essa a razão, portanto, de o instituto das imunidades parlamentares prever a defesa dos parlamentares na denúncia, ou declarações mais fortes a respeito das ocorrências de situações limites, em relação à legalidade, sem que para tanto necessitem rejeitar a interferência, dentro de suas competências, dos demais poderes do Estado.

214 WIGLEY. op. cit, pp. 23-40.

Ainda nesse parâmetro levantado a respeito da possibilidade de interferências externas no Poder Legislativo, há uma possibilidade nefasta desta ingerência, que não, de uma forma imediata, pelo Poder Judiciário, ou pelo Poder Executivo, mas que, após esta atuação, irão possibilitar, de forma legítima, que isso venha a ocorrer.

Isso decorre do fato de influências de forças econômicas, políticas, ou até mesmo religiosas, interfiram na manifestação de vontade dos legisladores, quer por promessas de facilitação econômica em futuras campanhas políticas, quer por simples corrupção mesmo, com interesse meramente econômico do parlamentar envolvido, venham a fazer promulgar disposições legais que, ao contrário do pretendido pelas imunidades parlamentares, venham a enfraquecê-las exatamente no ponto em que deveriam ser fortes, com o intuito de assegurarem a independência e autonomia do Poder Legislativo, fazendo com que, em um segundo momento, quer por iniciativas do Poder Executivo, ou de determinada entidade assim legitimada, possa ver seus atos discutidos em juízo, demonstrando a afronta direta da atividade legislativa corrupta em relação ao mérito político decorrente do contrato entre o cidadão e seu representante, por absolutamente desviado.

Assim, segundo Simon Wigley, “a sugestão implícita aqui é a de que enquanto a razão original das imunidades parlamentares, nomeadamente, intimidações do Poder Executivo, não parecem ser tão pertinentes, enquanto que a possibilidade de interferência de outras formas de poder, com o desvio absoluto dos interesses políticos, mereceriam especial atenção”²¹⁵.

Desta forma, a proteção, hoje, não parece ser tão voltada às ingerências do Poder Executivo, diretamente sobre o Poder Legislativo, mas, aqui, um ponto muito interessante a ser destacado, segundo o autor referido, há a necessidade de se estar atento a todas as outras formas de poder dissimulados que possam a vir a afetar, sobremaneira, a independência parlamentar, legitimando, desta forma, a

215 WIGLEY. op. cit, pp. 23-40.

manutenção da existência das imunidades parlamentares, ao menos na forma como proposta no presente trabalho.

A atividade legislativa, de outro lado, ao contrário do que previsto pelos países que seguiram a tradição da Reino Unido, pelo menos ao início, não pode ser tida, de forma absoluta, como toda aquela que o parlamentar desempenhar dentro do parlamento.

Esta situação, por si só, não serve para que possamos, de forma tranquila, sobre tais atividades, estender a proteção das imunidades parlamentares, sob o argumento, quase que simplista, no sentido de que todas aquelas atividades ali desempenhadas, por certo, deverão ter conexão direta com o exercício do mandato e, portanto, necessariamente tidas como atividades parlamentares.

Se assim, correríamos o risco de aumentarmos as atividades desviadas, ocorridas dentro do parlamento, pelas mais diversas razões, mas sempre alijadas do fim último da atividade parlamentar, e considerando o desempenho dessas atividades por parlamentares, mesmo, justificando o tópico no sentido de que em tais ocasiões, ditas atividades não restariam cobertas pelo instituto das imunidades parlamentares.

Além disso, e seguindo o magistério de Carla Amado Gomes, “necessário, neste aspecto, a incidência das imunidades parlamentares quando da convocação de membros do parlamento para servirem como testemunhas, jurados, no Tribunal do Júri, como peritos, por exemplo, por constituírem hipóteses possíveis de alteração da constituição do parlamento, dirigindo-se as imunidades, neste sentido, para a proteção do colegiado e não do parlamentar, de forma individual”²¹⁶.

4. O afastamento da participação do cidadão

216 GOMES, Carla Amado. **Por uma menor impunidade dos parlamentares**. Textos dispersos de Direito Constitucional. Almedina. Lisboa, 2011.

A previsão desmedida, no sentido de que a extensão das imunidades parlamentares seja tão extensa a ponto de justificar e legitimar qualquer atuação do parlamentar, tornará, em decorrência disso, a avaliação do cidadão concernente à atuação de seu representante no parlamento alijada de elementos o mais objetivos possíveis, no sentido de possibilitar uma análise crítica em busca do objetivo e fim último da atividade parlamentar, uma vez que toda e qualquer atuação será considerada como legítima, afastando do conhecimento dos eleitores, o que, efetivamente, era buscado por tais atuações.

Em última análise, a impossibilidade de conhecimento, ou de crítica sobre as atividades dos parlamentares, aliada a situação de que, embora com sinais de ilegalidade, todas elas, sob o pálio das imunidades parlamentares, afastem o interesse dos representados, quer pela ausência de quaisquer meios de contestação, quer pelo sentimento de revolta ou traição, tornem-se novas causas de enfraquecimento da essência justificadora do mencionado instituto.

Assim, valorizada a necessidade de aproximação, por meio de regulamentação, das atividades dos parlamentares, com seus representados, a fim de garantir uma legitimação mais cidadã das imunidades parlamentares.

Não se está falando do afastamento do cidadão quando do controle das decisões tomadas por seus representantes quando do desempenho de suas atividades legislativas, diretamente no processo legislativo, pois essa decorre, por evidente, quando do próximo pleito eleitoral, ocasião em que o ato legislativo propriamente dito, aquele amparado pela proteção das imunidades parlamentares, terá que enfrentar o jugo da decisão popular, a qual, em última análise, considerando que legítimos e legais foram, será aferido se de acordo com as pretensões dos representados se encontrava.

Defende Simon Wigley que não se pode afastar essa aferição do eleitorado, sustentando que “Delegation to the law instills a culture of dependence on the

courts and thereby deactivates the citizen body”²¹⁷, querendo salientar que a delegação à lei estimula a cultura de dependência do Poder Judiciário, nesses casos, sem necessidade.

CAPÍTULO V – As imunidades parlamentares e os direitos e garantias individuais.

1. Natureza da non-liability.

A presente espécie de imunidade parlamentar, conforme já referido anteriormente, diz, de forma direta, com a ausência de responsabilidade criminal, ou civil, por parte do parlamentar, em função do desempenho de suas atividades parlamentares.

Tal previsão pretende afastar, portanto, do processamento legal, o parlamentar que se manifestar de forma a incitar o crime, de forma preconceituosa, em razão de credo, raça ou qualquer outra forma de posicionamento ou condição pessoal, do discurso de ódio, e das ofensas morais direcionadas diretamente a determinado indivíduo.

Contudo, embora, e em um primeiro momento, tais manifestações devam ser tidas como necessariamente protegidas, estas, se, como dito anteriormente, perderem a vinculação com as atividades vinculadas ao exercício do mandato, poderemos estar, aí sim, diante da possibilidade de afastamento das imunidades nesse diapasão. Para tanto, contudo, e para um melhor exame das possibilidades e consequências de exames nesse sentido, se mostra necessário o exame segmentado das mais diversas formas de enfrentamento do tema já levadas a efeito.

Sascha Hardt, examinando o posicionamento do ECHR a respeito da *non-liability*, refere que “non-accountability explicitly relates only acts and utterances which are part of, or are very closely connected to, a member’s parliamentary functions. Under its

217 WIGLEY. op. cit, pp. 23-40.

functional approach, the Court will therefore see non-accountability as a disproportionate limitation of Article 6 ECHR only where it actually denies this connection, as it did in Cordova and other Italian cases”.²¹⁸

1.1. Guidelines da Comissão de Veneza

Segundo o Relatório da Comissão de Veneza²¹⁹, deverá haver uma diferenciação de tratamento entre as regras relativas a non-liability e inviolability.

Com relação a non-liability, segundo o Relatório da Comissão de Veneza, a liberdade de expressão continua sendo a chave para a verdadeira democracia, o que, e nesse sentido, determina que as regras da *non-liability* para votos e opiniões, decorrentes do desempenho das atividades parlamentares, devam ser previstas.

Salienta, ainda, e nesse sentido, que tanto as absolutas quanto as relativas ainda são legitimadas. As primeiras em razão de impedirem qualquer tipo de levantamento da proteção, não necessitando, assim, qualquer outro tipo de previsão a fim de preservarem a manifestação de vontade e os votos dos parlamentares.

Nesse mesmo sentido, e em relação às relativas, a posição da Comissão de Veneza é no sentido de que estas ainda permanecem legítimas, uma vez que não afetam a manifestação de vontade dos parlamentares, bem como o exercício pleno do voto, o qual será sempre absoluto. Além disso, e com relação às relativas, salienta que as limitações previstas deverão ser especificamente exaradas e regulamentadas ou poderão ser levantadas pelo próprio parlamentar.

No entanto, e afinando com o posicionamento defendido na presente tese, a Comissão de Veneza, em relação às possibilidades de levantamento,

²¹⁸ HARDT, op. cit, pág. 40.

²¹⁹ Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities, March 2014, CDL-AD(2014)011.

entende ser mais aconselhável serem precisamente previstas em lei, a fim de possibilitar o exame pelo Poder Judiciário.

Com relação a *freedom of speech*, o conceito a respeito, bem como o enfrentamento do tema, sempre merecerá um juízo de valor, quase de natureza política, dificultando, assim, qualquer análise, segundo a Comissão de Veneza, que não aquela realizada pelo próprio parlamento.

Nesse sentido, diz a Comissão de Veneza, que os limites objetivos do *freedom of speech* dos parlamentares devem se aplicar em casos de particular gravidade, devendo ser sopesada a situação em relação à garantia prioritária de garantir o debate parlamentar.

Havendo, portanto, discussão a respeito do reconhecimento da *non-liability* sobre determinado tema, ou fato atinente à atuação de parlamentar, esta, segundo a Comissão de Veneza, deverá permanecer indefinidamente.

Salienta, ainda, que mesmo que seja absoluta a defesa das opiniões expressadas pelo parlamentar, estas, a toda evidência, deverão abranger opiniões conectadas com o exercício do mandato e, jamais, estranhas a este.

A questão aqui é interessante. Não se estará tratando, portanto, de uma possibilidade de levantamento da *non-liability*, mas, sim, e se for o caso, da busca de levantamento de uma *inviolability*, demonstrando, mais uma vez, a existência de uma linha muito próxima entre ambas.

Assim, se a opinião expressada pelo parlamentar, por exemplo, não estiver ligada ao exercício de seu mandato, esta, em adequando-se a um tipo penal, passará a exigir o exame da possibilidade de levantamento da *inviolability* a fim de ver possível a investigação, processamento, condenação e possível execução da pena.

Assim, e demonstrando essa vinculação possível entre ambas as figuras atinentes às imunidades parlamentares, dessa forma tratada majoritariamente, ainda que, como já se viu, haja nomenclaturas e divisões, além de classificações definitórias em outros sentidos, a Comissão de Veneza manifestou-se, também, a respeito de uma projeção indicada de tratamento da *inviolability*.

Aqui, por evidente, há a necessidade de as democracias modernas olharem com reservas severas o instituto da *inviolability*, uma vez que nestas, com sistema constitucional de direitos e garantias individuais, fundamentado em princípios norteadores do devido processo legal, da igualdade perante a lei, da presunção de inocência, da proibição de prisões ilegais ou tribunais de exceção, entre outros, todos previstos nas constituições rígidas, pilastras das atuais democracias, o reconhecimento de vantagens outras, a uma parcela da população, a toda evidência, aparece como algo desmedido.

No entanto, a Comissão de Veneza pondera que em algumas democracias ainda se fazem necessárias para garantirem as funções legislativas, quase como quando da época da criação do instituto, uma vez que ainda se fazem presentes pressões externas, bem como a possível sufocação das minorias parlamentares, ainda dentro do próprio parlamento²²⁰.

Não obstante isso, sustenta que a aplicação deverá ser relativizada por vários princípios, entre eles o do possível levantamento, sempre que atendidos os requisitos para tanto, ou que seja flagrada qualquer forma de tentativa de uso indevido da *inviolability*.

Aqui, embora com questão diretamente ligada à prerrogativa de foro, cabe salientar caso recente, ocorrido no Brasil, quando, por ocasião de investigações levadas a cabo pela Polícia Federal, as quais envolveram o ex-Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, este, por ato da Presidenta da República, Dilma

220 Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities, March 2014, CDL-AD(2014)011.

Roussef, foi nomeado Ministro-Chefe da Casa Civil, determinando, em um primeiro momento, a retirada da competência do Juízo de Primeiro Grau para seu julgamento, tendo encaminhado esta parte da investigação ao Supremo Tribunal Federal.

Na decisão de Medida Cautelar interposta junto ao Supremo Tribunal Federal, na decisão do Ministro Gilmar Mendes, determinando a suspensão da posse do Ex-Presidente, restou consignado que “O objetivo da falsidade é claro: impedir o cumprimento de ordem de prisão de juiz de primeira instância. Uma espécie de salvo conduto emitida pela Presidente da República. Ou seja, a conduta demonstra não apenas os elementos objetivos do desvio de finalidade, mas também a intenção de fraudar”²²¹.

No entanto, e a situação ainda pende de definição, uma vez que ajuizada Ação de Arguição de Preceito Fundamental²²², na qual a Advocacia-Geral da União pretende a cassação da liminar do Ministro Gilmar Mendes, sendo que, embora pendente de decisão do Ministro Teori Zavaski, relator desta, já há manifestação do Procurador-Geral da República que, embora concorde com a nomeação do ex-Presidente, por ser ato de competência da Presidenta, tal não pode ser usado como forma de proteção do nomeado, o qual, em função disso, deverá permanecer sendo processado pelo Juiz Federal, Sérgio Moro, em primeira instância, afastando, portanto, o privilégio ilegítimo de foro.

Como dito, e mesmo em temas diferentes, mas aproximados pela questão da legitimação, que aqui se está a enfrentar, no caso acima comentado, clara está a possibilidade de desvirtuamentos deslegitimantes de prerrogativas que, quando surgidas, tais quais as imunidades parlamentares, não pretendiam a proteção indevida de seus titulares, mas sim, a proteção do Parlamento, no desempenho de

221 Ver MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA 34.070, DISTRITO FEDERAL. RELATOR : MIN. GILMAR MENDES. IMPTE.:PARTIDO POPULAR SOCIALISTA. IMPDO.:PRESIDENTE DA REPUBLICA, in <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>

222 Ver Arguição de descumprimento de preceito fundamental 390, Distrito Federal. Rel: Min. Teori Zavaski. Reqte.:PSB. Into.:Presidente da República in file:///C:/Users/artech/Downloads/texto_309055378.pdf

suas atividades constitucionalmente previstas, com total liberdade de atuação, dentro destes parâmetros.

A questão da nomeação, acima narrada, ainda que sem decisão final, até o fechamento deste trabalho, não só trás à baila questão pertinente, com diversas formas de interpretação, como, para consumo dos representados, mostra que há malversações a respeito de prerrogativas que, em última análise, foram criadas para a proteção-fim do cidadão, o que não ocorre, ou resta profundamente ameaçado.

Nesse sentido, a Comissão de Veneza traçou como regras necessárias ao alcance do objetivo buscado pela *inviolability*, “a necessidade de previsão legal ou regulamentar, das eventuais limitações previstas; o período temporal de alcance de referidas imunidades; a possibilidade de levantamento, com a previsão, nesse sentido, de procedimento claro e imparcial; a proibição de impedir investigações preliminares, a fim de que não venham a ser frustradas eventuais antecipações de provas; afastamento da *inviolability* em relação à prisão em flagrante delito, aos crimes graves bem como aos crimes de menor potencial ofensivo”²²³.

De outro lado, se manifesta, ainda, com a necessária existência de lei ou regulamento claros, definidores dos parâmetros da *inviolability*, prevendo-a quando houver alegações claramente infundadas; quando a ofensa aludida seja consequência direta da atividade política; quando restar constatado o *fumus persecutions*; e, quando restar aferida a possibilidade de colocação em risco da atividade do parlamento.

Dessa forma, e para levantamento da *inviolability*, a previsão legal ou regulamentar, ainda segundo a Comissão de Veneza, deverá prever a existência de motivos sérios, de prisão em flagrante delito, de ofensa particularmente grave, de atos desligados da função parlamentar, de se constatar a possibilidade de obstrução da justiça, para a garantia e legitimidade do parlamento, e, quando houver pedido, nesse sentido, do próprio parlamentar.

223 Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities, March 2014, CDL-AD(2014)011.

Como conclusões da Comissão de Veneza, restam fixados os seguintes parâmetros, retirados do relatório em comento.

Com relação a *non-liability*, entende a Comissão que “esta só deva ser aplicada em relação a opiniões e votos decorrentes do exercício de funções parlamentares, não podendo ser estendida a posicionamentos e comportamentos privados do parlamentar”²²⁴.

Já em relação a *inviolability*, a Comissão sustenta e conclui que “devem passar por uma ampla revisão, não podendo ser utilizadas para fragilizar a democracia, infringir a lei e obstruir o curso da justiça”²²⁵. Assim, deverão possuir caráter restritivo e sempre preverem a possibilidade de levantamento, por meio de claros e imparciais procedimentos.

1.2. Comparativo com o cidadão.

Assim, o que se pretende é demonstrar que, se há vinculação com o exercício do mandato, não somente pelo fato de este já estar em vigência, mas sim pelo fato de que as atitudes e discursos do parlamentar dele não se desvincularam, nenhuma consequência além de eventual prejuízo político terá o parlamentar, permanecendo protegida, de forma absoluta, sua manifestação.

Contudo, e saindo desta esfera, o parlamentar, ainda terá todas as garantias e direitos individuais, como os demais cidadãos, que em matérias que tais, normalmente estão previstas na Constituição respectiva de seu país, as quais, em regra, também, trazem o mais extenso número de princípios a fim de que seja decidido sem que ao cidadão, ou parlamentar, seja suprimido o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, entre outros.

Nesse sentido, a manifestação de Simon Wigley ao afirmar “que nas democracias onde os direitos e garantias individuais dos cidadãos são parcamente

224 Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities, March 2014, CDL-AD(2014)011.

225 Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities, March 2014, CDL-AD(2014)011.

reconhecidos, a necessidade da manutenção forte das imunidades parlamentares se mostra mais pronunciada²²⁶.

Entre as consequências do reconhecimento das imunidades parlamentares está, necessariamente, a de criar exceções ao princípio da igualdade, mais precisamente entre os parlamentares e os demais cidadãos.

Assim, segundo Sascha Hardt “It must be recognised that the two concerns – guaranteeing the necessary protection to parliament while safeguarding the rights of non-parliamentarians and preventing abuse of immunity – are not generally diametrically opposed to each other²²⁷”.

O que se deve ter em mente é que, para a legitimação do instituto das imunidades, este não se pode afastar do escopo para o qual foi criado, sendo que, qualquer forma de afastamento de tal escopo, fará com que as diferenças de tratamento que antes se legitimavam, passem a ser vistas como privilégios indevidos e contrários aos princípios de tratamento igualitários perante a lei.

A razão, portanto, da permanência do caráter absoluto da imunidade correspondente a *non-liability* decorre, necessariamente, dessa conexão direta entre o ato praticado e o desempenho das atividades parlamentares. Afora isso, e apreciação conforme antes defendido, o parlamentar ainda terá todas as garantias e direitos individuais reconhecidos aos demais cidadãos.

2. *Inviolability*.

A *inviolability* possui a natureza, como já definido ao início do presente trabalho, de não inviabilizar o deslocamento do parlamentar para, ou no exercício de seu mandato.

226 WIGLEY. op. cit, pp. 23-40.

227 HARDT, op. cit, pág. 07.

Contudo, e para tanto, possuem matizes que devem ser observados sob pena de se estar frente a maior possibilidade de cometimento dos mais diversos delitos, quer de corrupção, quer de formação de quadrilha ou organizações criminosas, sem que se possa alcançar, de qualquer forma, a responsabilização do parlamentar.

Nesse sentido, se fez premente, por atual e inédita, a narrativa de caso envolvendo a prisão em flagrante delito, de um senador da República Federativa Brasileira, no final do mês de novembro de 2015, após pedido do Ministério Público Federal, fato já narrado em capítulo anterior.

Dessa forma, contudo, restaram delimitadas, ao menos em decorrência desta decisão do Supremo Tribunal Federal, no Brasil, limites de atuação do parlamentar, a fim de deixar de se ver protegido pelo instituto das imunidades.

Já no âmbito do ECHR, Sascha Hardt salienta que “Inviolability, on the other hand, relates by definition to acts of parliamentarians which lie in the extra-parliamentary sphere (as acknowledged by the Court in *Kart*). Therefore, despite the Court’s repeated statement that some restrictions on access to court must be regarded as inherent (in Article 6 ECHR), an example being those generally accepted by the Contracting States as part of the doctrine of parliamentary immunity, we may conclude that the Court has in reality adopted a reserve approach to inviolability: in principle it continues a disproportionate limitation of the right of access to court”.²²⁸

2.1. Crime no exercício do mandato e fora do exercício do mandato.

A abrangência da espécie inviolabilidade, referente ao gênero imunidades parlamentares, a toda evidência, deverá cingir-se a delito cometido pelo parlamentar, no exercício do mandato, e que com este venha a ter conexão.

²²⁸ HARDT, op. cit, pág. 41.

Entendo que, para além disso, a situação, mais uma vez, desbordará da legitimidade buscada pelas imunidades parlamentares, no exercício da proteção do mandato, quando acolher, ainda, no âmago do instituto, todo e qualquer delito cometido pelo parlamentar, afastando, mais uma vez, o tratamento igual pretendido pelo exercício da judicância, em todos os níveis.

A questão, novamente, trás tormentosa divergência de posicionamentos a respeito do alcance das inviolabilidades em relação ao período em que foi cometido o crime, se abrangido, ou não, pelo período do efetivo exercício do mandato.

Mais uma vez, parece necessário fixar como parâmetro, para tanto, a vinculação do crime cometido com o exercício do mandato. Não que qualquer mandato parlamentar possa ser situação autorizadora do cometimento de crimes, se com ele vinculado.

O que se pretende fixar é que, por vezes, em decorrência de discussões mais acaloradas, ou qualquer outra razão atinente ao mandato, eventual crime possa vir a ser cometido.

No entanto, quando, por exemplo, nenhuma vinculação tiver com o mandato, por evidente que a inviolability não pode se estender para os períodos anteriores ou posteriores. As consequências, claras, de tal elastério, dizem com a possibilidade de o parlamentar, tão logo eleito, mas antes de tomar posse, ou, por outra, ao final de seu mandato, mas antes do fim, venha a se sentir autorizado à prática criminosa, tendo em vista a consciência de que não será alcançado pela justiça em razão da inviolability a que estará, de forma ilegítima, gozando.

2.2. Extensão.

A extensão da inviolability, portanto, a cada dia, na maioria das democracias avaliadas, e mais precisamente em Portugal e no Brasil, vem sendo

restringidas, uma vez que, por se afastarem, em um primeiro momento da atividade primeira do legislador, no sentido de em nada se referirem à expressão de vontade do parlamentar, da defesa de suas ideias, dentro ou fora do parlamento, não encontrarem tanto eco nos representados, uma vez que passam a sensação, apenas, de um privilégio, no sentido adotado no Brasil, querendo dizer ser algo que não se justifica, por desnecessário, trazendo à baila, mais uma vez, a questão da perda de legitimidade do referido instituto.

Assim, e em razão disso, necessário que os parâmetros de alcance das inviolabilidades sejam perfeitamente delimitados, no sentido de que, quando necessário, o parlamentar venha, não só a ser processado, mas, e antes disso, possa ser investigado por atos por ele praticados, ou que, de alguma forma o envolvam, sem que isso determine uma afronta à autonomia do parlamento, ou, por outra, a suspensão ou impedimento de eventual persecução criminal, por vezes de grande monta, uma vez que envolvendo interesses eminentemente públicos.

2.3. Comparativo com os demais cidadãos.

A forçosa comparação que entendo deva ser feita com os cidadãos comuns, em casos de inviolabilidade, decorre do fato de que, como já mencionado, as legislações modernas, em democracias estabilizadas, trazem, em regra, a garantia de todos os princípios processuais garantidores de uma persecução justa, com observância do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, independentemente de estar, ou não, o processado no exercício de mandato parlamentar, previstos, como já referido, em constituições rígidas, em sua maioria.

A prisão em flagrante, por excepcional, é tratada de várias formas, dependendo da legislação examinada. No Brasil e em Portugal, a situação se encontra da seguinte maneira.

No Brasil, o instituto é regido pelo Código de Processo Penal, da seguinte forma:

“ Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

“I - está cometendo a infração penal;

“II - acaba de cometê-la;

“III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

“IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.”

Já em Portugal, prevê o artigo art. 256 do Código de Processo Penal Português:

“Flagrante delito

“1 – É flagrante delito todo o crime que se está cometendo ou se acabou de cometer.

“2 – Reputa-se também flagrante delito o caso em que o agente for, logo após o crime, perseguido por qualquer pessoa ou encontrado com objectos ou sinais que mostrem claramente que acabou de o cometer ou nele participar.

“Em caso de crime permanente, o estado de flagrante delito só persiste enquanto se mantiverem sinais que mostrem claramente que o crime está a ser cometido e o agente está nele a participar.”

No entanto, no Brasil, após o caso do Senador acima descrito, o Supremo Tribunal Federal, em um primeiro momento decidiu pela possibilidade do deferimento da prisão em flagrante de Senador, o que, a rigor, mostrou alguma estranheza na decisão, uma vez que situações de flagrante prescindem do pedido de autorização à autoridade judiciária, como regra. Prova disso são as previsões nos respectivos estatutos processuais penais, acima transcritos.

No entanto, se ao início pode ter passado algo de novo, a respeito; de outro lado, deixou claro que a autonomia entre os poderes, conforme defendido desde o início do presente trabalho, é o que busca o instituto das imunidades,

fazendo com que o respeito às competências de cada um faça, ao final, com que os interesses dos representados venham a ser garantidos.

Nesse sentido, primeiro, o pedido de autorização para a prisão preventiva, de um lado, e o encaminhamento deste pedido ao Senado Federal, para que fosse ratificado, deixaram claro, para além da discussão de mérito, o real propósito de respeito aos princípios constitucionais balizadores da República Federativa do Brasil.

No entanto, e trazendo à baila, novamente, o caráter eminentemente político das decisões do parlamento, de uma forma geral, o que resta demonstrado pelas decisões das comissões de ética, quando de eventual ocorrência de atos que atentem ao decoro parlamentar, as manifestações dos senadores, no caso em exame, não atingiram, de forma alguma, o propósito buscado pelo próprio legislador, quando resolveu submeter à nova apreciação da casa atingida, o pedido de ratificação de prisão ocorrida de parlamentar no exercício de seu mandato.

Tal situação, ainda, restou passível de ser verificada em razão da ausência de parâmetros, previamente fixados, pertinentes aos pressupostos a serem observados por ocasião de eventual medida constritiva da liberdade de parlamentar.

Vício de forma, vício de origem, vício de mérito, a toda evidência demonstradores de eventual má-fé no fato construtivo levado a efeito contra parlamentar, seriam aqueles que, se constatados, determinariam, ou deveriam determinar, a ausência de ratificação de comando de extrema gravidade, a ensejar a demonstração da interferência ilegítima de um poder em outro.

Contudo, pela ausência pura e simples de diretrizes legais nesse sentido, os parlamentares, por ocasião do exame da ratificação, ou não, da prisão decretada pelo Supremo Tribunal Federal, ativeram-se, apenas, a posicionarem-se, contra ou a favor, em um primeiro momento, de ser o voto que definiria esse pedido de

ratificação, aberto ou secreto; e, posteriormente, em manifestarem-se no sentido de condenarem ou justificarem os atos praticados pelo Senador, imiscuindo-se, aqui, em matéria jurídica, a qual se mostra estranha ao objeto da questão.

O Senador Humberto Costa, nesse sentido, chegou a se manifestar da seguinte forma: “O que está em discussão é se um Poder pode mandar prender um parlamentar no exercício do seu mandato, que é o que diz a Constituição. Se nós queremos mudar a Constituição, mudemos. Mas é isso que ela diz, e é isso que está ligado à inviolabilidade do mandato. Imagine se a partir de agora os tribunais de Justiça resolvam por alguma razão passar a mandar prender deputados estaduais, outros aqui ou outros lá na Câmara dos Deputados sem que isso seja no entendimento do que foi efetivamente um flagrante. É isso que está sendo neste momento colocado”²²⁹, deixando clara a possibilidade de manifestações em área técnica estranha ao Poder Legislativo, como adiantado.

CAPÍTULO VI – Imunidades parlamentares e punições

1. Alcance e eficácia das penas.

Ponto de profundo interesse, diz com o alcance das punições, evitadas, ou aplicadas, em função da existência das imunidades parlamentares. O que se pretende no ponto, para além de examinar aquelas que hoje se encontram devidamente cominadas, em vários países em exame, definir, por sustentação fundamentada, qual delas, ou quais delas, dependendo das condições e circunstâncias, deveriam permanecer como sanções típicas para o efeito de servirem como sanção, propriamente dita, como função pedagógica, moralizadora, preventiva e retributiva, dependendo de qual o efeito que se pretenda mais adequado.

Diferentemente dos crimes comuns, os crimes cometidos pelos parlamentares, e não cobertos pelo manto das imunidades parlamentares, além das

229 Ver <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/11/em-votacao-aberta-senado-da-aval-prisao-de-delcidio-decretada-pelo-stf.html>

sanções tipificadas, trazem, a toda evidência, e de forma transversa, a repercussão política e pública de extrema relevância para a vida pública do parlamentar afetado.

Pedro Lomba, neste aspecto, salienta que “a aplicação da responsabilidade política precisa de 'standars' que aumentem a sua eficácia preventiva”²³⁰, situação que, para além de vir sendo defendida no presente trabalho, não encontra guarida precisa nas legislações examinadas.

Nesse ponto, ainda, não se está falando de eventual pena corpórea ou pecuniária. A pena mais pesada, sofrida por um parlamentar, de alguma forma tocado pela lei penal pertinente, diz com o desgaste e descrédito com o representado, o que, a rigor, e em relação à vida pública, poderá vir a se transformar a uma pena perpétua, no sentido de que, se inserido em uma comunidade com cidadania participativa, não vir mais a ser escolhido como representante desta.

Rescigno afasta que a responsabilidade política possa assentar numa verdadeira sanção jurídica porque 'ser privado do poder não é uma diminuição jurídica, uma sanção em sentido próprio mas uma consequência decorrente de um poder alheio (de revogação ou de desconfiança) tendente a cessar as funções do responsável’.”²³¹

No entanto, e como a questão da participação cidadã é de difícil aferição, ou de difícil constatação objetiva, além de não estar esta imune a eventuais ações de partidos políticos, políticos, ainda corruptos, envolvidos com grupos de interesse com grande poder de persuasão, quer econômico, quer social, ou de qualquer outra forma, requer a proteção estatal, com o afastamento cogente do parlamentar, por período determinado, dependendo, sempre, da proporcionalidade entre o delito cometido e o prejuízo social e público daí decorrentes.

A eficácia de eventual pena, portanto, decorrerá, de forma direta, do alcance por esta obtido, no sentido de tirar a possibilidade de o parlamentar

230 LOMBA. op. cit, pág. 103.

231 RESCIGNO, G, La Responsabilidad Política, 40; SARASOLA, Ignacio, Poder y libertad..., pp. 111-112.

condenado poder manter atividade pública influenciadora da cidadania, quer com inclusão sua, de forma indireta, em campanhas de outros parlamentares; de sua atuação nos bastidores; quer em organização de campanhas políticas; quer atuando em cargos públicos de nomeação sem a necessidade de concurso público; quer na proibição exata de participação em concurso público, deixando transparecer que a atuação pública, de parlamentar condenado, não significa, apenas, a sua impossibilidade de se manter no desempenho das suas funções diretamente ligadas ao desempenho do mandato, mas, e para além disso, de afastá-lo, durante o prazo previamente estabelecido, de uma vida pública em geral, sob pena de absoluta ineficácia de tais medidas.

2. Não reeleição.

Questão diretamente ligada com a necessidade de restringir, em um primeiro momento, a investigação, ou processamento de parlamentar, por ato cometido durante determinado período de exercício de mandato parlamentar, diz com a necessidade de se prever a impossibilidade de concorrer a reeleição em casos que tais, para impedir que, em vindo a ocorrer tal situação, o parlamentar volte a ficar imune, dando a possibilidade de o ato a ser investigado ser alcançado pela prescrição.

A questão, aparentemente simples, implica na discussão a respeito da necessidade de trânsito em julgado, ou não, da questão anterior, ainda dentro do período de exercício do mandato respectivo, ou, por outro lado, o de o simples fato de estar denunciado, por exemplo, com indícios suficientes de autoria e prova da materialidade façam preencher os requisitos dessa pena deletéria, a decorrer sobre o mandato seguinte, impedindo o parlamentar, nesses casos, de continuar, ou de tentar dar continuidade a sua vida pública.

A construção, neste aspecto, demanda profunda análise, a fim de evitar a não-observância do princípio da presunção de inocência, o qual exige, para seu afastamento, a condenação criminal, com trânsito em julgado.

O cotejo necessário, portanto, se dará entre o princípio da presunção de inocência com o princípio e interesse público de o parlamentar atuar de forma lúdima, e com objetivos e fins públicos, em última análise, no desempenho de suas funções públicas.

Tal cotejo, aparentemente, traz exame de questão intransponível, mas que desta forma não podem ser vistas.

Há a necessidade de adequação de ambos os princípios, a fim de que nenhum deles prevaleça, uma vez que possuem força cogente equivalente. Dessa forma, e para melhor atender os direitos e garantias, além de interesses envolvidos, o melhor, para adequar e possibilitar o reconhecimento de ambos, com atuação limitada pela esfera do outro será no sentido de que, o recebimento de denúncia, e não o indiciamento policial, suspenderão os direitos políticos para eleição imediatamente seguinte, a fim de afastar a possibilidade de nova incidência das imunidades parlamentares, restando os demais atos públicos, ou funções que tais, desimpedidas, uma vez que não cobertas por imunidades parlamentares.

Como exemplo de aplicações alternativas, cabe referir as disposições constantes do art. 319 do Código de Processo Penal Brasileiro, que possibilitam a aplicação de medidas outras, menos gravosas do que a prisão, mas tão eficazes, por adequadas, quando. Diz o referido artigo de lei:

“Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

“I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

“II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

“III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

“IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

“V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

“VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

“VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

“VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

“IX - monitoração eletrônica.”

Dessa forma, larga se mostra a possibilidade de atuação, no âmbito da aplicação de outras medidas, que não a de prisão preventiva, mesmo em se tratando de parlamentares, até então cobertos pelas imunidades em exame.

3. Inelegibilidade (como sanção e não-sanção).

Dessa discussão adviria, necessariamente, o exame das inelegibilidades como caráter punitivo, ou não.

A sanção de inelegibilidade, a rigor, prevista em determinado tipo penal, voltado ao controle e impedimento das atividades parlamentares nocivas aos

interesses individuais ou públicos, em decorrência de desvio de condutas, possui o caráter punitivo, diretamente ligado à vida pública do parlamentar, e, portanto, a mais eficaz na matéria.

Não poderá haver sanção mais pesada à atividade de uma parlamentar do que aquela que o impede de concorrer a novos cargos eletivos, por determinado tempo, este mais ou menos longo, dependendo da gravidade do delito cometido.

Diferente, de outro lado, a inexigibilidade que não se constitui em sanção, mas decorrente, ainda, da necessidade de moralizar o serviço e as funções públicas, impedindo, por exemplo, que determinado parlamentar venha a concorrer a novo cargo eletivo sem se desincompatibilizar, em prazo previamente previsto, de suas funções como radialista, a qual, em tese, permitiria uma possibilidade de apelo público em desnivelamento com os demais concorrentes.

Assim, sem que tenha cometido qualquer falta, o parlamentar, no exame dado, deverá escolher entre suspender suas atividades profissionais, e aqui demonstrada a possibilidade de suspensão de um princípio básico do incentivo ao trabalho livre, ou prosseguir na disputa política, uma vez que a incompatibilidade entre ambos, previstas em lei, impede, momentaneamente, que sejam desempenhados de forma simultânea.

Nessas condições, a inelegibilidade surgirá como consequência, ou ônus, de uma escolha livre do parlamentar, com efeito automático, sem que qualquer falta tenha sido cometida pelo parlamentar.

Nesse sentido, haverá, ainda, a possibilidade de se incrementar as inelegibilidades de natureza não-sancionatórias, com a intenção de evitar, desde o início, a vinculação de políticos com determinados extratos da sociedade que se mostrem perniciosos ao bom desempenho da atividade legislativa.

Para tanto, e como exemplo, vinculações com o crime organizado, com o tráfico internacional de drogas, e com quaisquer atividades extremistas poderiam, desde um primeiro momento, impedir a proliferação de desvios na atividade legislativa pretendida.

4. Sanção penal.

A sanção penal, como regra, tem a natureza corporal, afastando o condenado, dependendo da legislação pertinente, de convívio social por tempo determinado, ou de forma perpétua.

Penso que a sanção penal, como pena corporal, nos casos que envolvam parlamentares, não traz a efetividade buscada com relação às atividades ilícitas desempenhadas por um parlamentar.

A rigor, e considerando, como regra, o fato de não haver prisão perpétua, vindo a ser o crime cometido passível de ser sancionado com pena reduzida, isso deixará livre a participação do parlamentar condenado, de forma breve, e com a possibilidade de relatar que sua dívida com a Justiça, em um primeiro momento, e depois com a sociedade, se encontrará quitada, transformando, assim, sanção ineficaz em discurso de palanque tergiversionista, assumindo natureza, em última análise, de ferramenta para o próprio parlamentar.

Não será esta, portanto, a melhor maneira de cominar sanção a tipo penal que envolva cometimento de delito por parlamentar, em tipo penal de necessária participação de parlamentar, portanto.

A sanção penal, para os casos de crimes cometidos por parlamentares, no exercício do mandato, após superada a questão pertinente às imunidades parlamentares, com os parâmetros até aqui fixados, encontrará melhor guarida e eficácia em penas alternativas, desde a inelegibilidade, como a mais grave, até a

necessidade de reposição do prejuízo causado ao erário, ou ao patrimônio de terceiro, em determinado prazo, de forma cumulativa com a suspensão dos direitos políticos enquanto esta não restar adimplida.

Há, ainda, a possibilidade de se decretar a prisão preventiva de parlamentar, devendo, para tanto, se aferir qual espécie de evento poderiam dar azo a medida tão drástica.

Além disso, e neste aspecto, ainda permanece a necessidade de se prever, no caso de ter havido a autorização do parlamento, quais as consequências em relação à continuidade do exercício do mandato.

Carla Amado Gomes sustenta que em razão da suspensão consequente do mandato, não há mais qualquer possibilidade de o parlamentar continuar desempenhando suas atividades leigadas ao mandato.²³² Diz ainda que, em relação ao deputado que teve levantada a imunidade que, em vindo a ultrapassar o prazo legal de afastamento, por estar preso, a partir daí, o mandato deverá ser suspenso, até o fim da legislatura. E, para o caso de encerramento efetivo da legislatura, haverá a possibilidade de o parlamentar vir a concorrer a novo mandato, pergunta a autora²³³.

A mencionada autora, ainda refere que, com relação ainda à prisão preventiva, “A urgência de atuação, por um lado, a evidência que reveste tal ocorrência, por outro lado, são fatores que acentuam a necessidade de prossecução célere da ação penal, afastando a possibilidade de intervenção da Assembleia – salvo em circunstâncias excepcionais de verificação de *fumus persecutionis*, as quais podem justificar a exigência, posterior, de imediata libertação do deputado”²³⁴.

232 GOMES, Carla Amado. **Constituição, Prisão preventiva e inviolabilidade dos deputados: do dito e não dito**. Textos dispersos de Direito Constitucional. Almedina. Lisboa, 2011.

233 GOMES, Carla Amado. **Constituição, Prisão preventiva e inviolabilidade dos deputados: do dito e não dito**. Textos dispersos de Direito Constitucional. Almedina. Lisboa, 2011.

234 GOMES, Carla Amado. **Constituição, Prisão preventiva e inviolabilidade dos deputados: do dito e não dito**. Textos dispersos de Direito Constitucional. Almedina. Lisboa, 2011.

Assim, e com acerto, refere que a prisão em flagrante, configurados seus elementos legais configuradores, e apreciados por juiz competente, deve determinar o encarceramento do parlamentar, observadas as normas de competência para tanto, afastando qualquer possibilidade de decisão do próprio parlamento, a respeito de tais requisitos legais, sob pena de enfraquecer, ou mesmo, desfazer a figura do flagrante delito.

Isso não afasta a possibilidade de apreciação posterior, após a efetivação da prisão do parlamentar, agora por parte do parlamento, a respeito de eventual ocorrência de perseguição política em relação ao parlamentar preso, o que, embora com possibilidade de se transformar em questão de delicada aferição, permanece no mundo político, passível, portanto, de apreciação nesta seara.

Nesse diapasão, Carla Amado Gomes faz precisa diferenciação quando refere que “Com efeito, uma coisa é incidirem fortes indícios de prática de crime com pena limite máxima superior a 3 anos sobre o deputado e, fundamentadamente, ser-lhe aplicada a medida de coação da prisão preventiva – estamos perante um juízo provisório de culpabilidade. Outra coisa, bem diversa, é sobre o deputado indiciar a acusação da prática de crime punível com pena de limite máximo superior a três anos, crime este que o deputado foi surpreendido a perpetrar, sendo sujeito à prisão preventiva em razão de sua perigosidade – o juízo de culpabilidade continua a ser provisório, mas o flagrante revela uma conduta objetivamente intencional do deputado”.²³⁵

5. Incentivo a candidaturas espúrias.

O maior perigo a uma vida pública sadia, a uma representatividade efetivamente direcionada ao interesse comum, ao interesse público, os quais, ao final, dão início a toda uma possibilidade de organização estatal a ser alargada para as demais funções do Estado, esperadas pelos representados, diz com a eficácia e moralização, daí decorrente, das sanções aplicadas aos representantes faltosos,

²³⁵ GOMES, Carla Amado. **Constituição, Prisão preventiva e inviolabilidade dos deputados: do dito e não dito**. Textos dispersos de Direito Constitucional. Almedina. Lisboa, 2011.

sob pena de se estar abrindo as portas para a existência de parlamentares, ou candidatos a estes cargos, desde o início, voltados a interesses próprios ou de grupos particulares, sem o atendimento necessário do público, do comum.

Haveria, assim, a possibilidade de, sob a proteção ilegítima das imunidades parlamentares, atos adredemente preparados virem a ser adotados de forma costumeira, afastando a responsabilidade de seus autores.

Assim, e no dizer de Maria Fernanda Palma “Com efeito, a liberdade que o Direito tem o poder e o dever de garantir, e que nem sempre pretende ou consegue fazer, é a que também pode pressupor como condição de responsabilidade. Se ela for apenas a representação de sujeitos sem substância real, então tal terá de significar que o Direito utiliza uma linguagem imaginária quando visa tutelar as várias manifestações de liberdade individual.

“Parece, deste modo, sustentável *prima facie* que a culpa se relaciona com uma noção oriunda da confluência das experiências psicológica, moral e cultural e da própria experiência política sobre a liberdade e não com uma indemonstrada, mas carente de demonstração plena – pelo plano em que se situa -, noção de liberdade absoluta de índole causal-naturalista”.²³⁶

Como de resto, na vida do cidadão comum, o sentimento de impunidade trás a possibilidade de desvios de várias formas, na vida pública, com resultados muito mais graves, por potencializados em razão dos efeitos gerais daí decorrentes, não podem sofrer do mesmo sentimento.

A impunidade, nesses casos, não só pela inoperância estatal, quer na investigação, quer no processamento, quer na demora mesmo do julgamento, virá sentida, mas, e de forma mais grave, virá anunciada na própria legislação, quando nela fizer constar que a sanção, para o caso de cometimento de crimes de interesse público, por cometidos por parlamentares, terão uma sanção pífia, sem efeitos futuros graves ao diretamente atingido, após, ainda, a necessidade de ter superado

236 PALMA, Maria Fernanda. **O princípio da desculpa em Direito Penal**. Editora Almedina S.A. Coimbra. Maio de 2005. pág. 41.

o tema das imunidades parlamentares, instituto que, conforme até aqui apreciado, poderá contribuir, sobremaneira, para o sentimento de impunidade, proveitoso ao desonesto e deslegitimador das imunidades parlamentares, no sentimento do cidadão representado.

Não se pense que a partir disso não se poderá, de forma prévia, engendrar e levar a cabo propósitos espúrios, com efeitos deletérios duradouros, com sangramento de divisas públicas, além de prejuízo moral e político à democracia, fazendo surgir, por vezes, sentimento coletivo desavisado, no sentido de se pretender a existência de regimes de exceção, os quais, aparentemente, agem de forma mais célere, embora sem nenhum comprometimento com o representado, ou com a legalidade, ao final e ao cabo,

Simon Wigley sustenta que “Indeed the prevailing inclination throughout the world ‘s representative democracies is that we should, if anything, curb parliamentary immunity in order to bridle self-serving representatives”²³⁷, fazendo crer que, em caso contrário, e estas servindo para qualquer propósito, desde que direcionadas a atos praticados por parlamentares, aqueles mal intencionados, desde o princípio, sabedores deste posicionamento e falsa proteção à democracia, de forma parasita se aproximarão do parlamento, com resultados drásticos à democracia.

CAPÍTULO VII – Fatores deslegitimadores das imunidades parlamentares.

O presente capítulo, mais do que falar sobre o óbvio, a respeito dos efeitos perniciosos dos temas a seguir tratados, tenta demonstrar que tais temas, quando facilitados em decorrência da má gestão do instituto das imunidades parlamentares, quer pela falta de regulamentação do instituto, quer pela regulamentação imprecisa, ou extensa em demasia, servem como fatores de grande desestabilização da democracia, trazendo sentimento de inconformidade dos representados em relação aos seus representantes. Assim, e a análise

237 WIGLEY. op. cit, pp. 23-40.

particularizada de cada um desses fatores de perigo, deixará clara, mais uma vez, a necessidade de regulamentação precisa, a fim de que a legitimidade do instituto das imunidades parlamentares venha a ser revigorada, em alguns países, ou mantida, naqueles que se pretendem acompanhadores do desenvolvimentos dos direitos e garantias dos cidadãos.

Nesse aspecto, e em relação à necessidade de reconhecer o direito como uma realidade histórica a legitimá-lo, Castanheira Neves referiu que o direito “é ele mesmo historicidade e faz história, não porque seja objeto histórico, uma qualquer entidade objectiva ou real que se nos ofereça como 'dado' da história, transmitido por um pretérito e perfeito. O direito só é verdadeiramente como tal, ou só o compreendemos como direito (i. é, juridicamente) enquanto o compreendemos como 'sujeito' de normatividade, como o problema da validade jurídica posto num tempo presente perante uma realidade actual; como uma validade que é problemática no momento em que se solicita e no modo como por ela se pergunta. Não é factum, mas fieri; possibilidade a determinar concretamente, realizando-se. É validade a predicar, problema a resolver; e por isso, não realidade objectiva, mas objectivo para uma realidade. Ele é histórico, não porque o seu tempo é o passado, mas porque o seu tempo é o futuro a precipitar-se e a moldar o presente”.²³⁸

A precisa colocação de Castanheira Neves, deixa claro que, e em relação às imunidades parlamentares, tanto nas disposições expressas de lei pertinentes, quanto na interpretação destas, há a necessidade de sentir-se a evolução do tema, com possibilidade de vislumbrar seu desenvolvimento em futuro próximo, a fim de se lhe aplicar a melhor interpretação nos dias de hoje.

1. Corrupção política.

A corrupção política está entre as situações mais beneficiadas, principalmente, em função das inviolabilidades. A possibilidade de os parlamentares só serem presos em flagrante delito, quando se trata de crimes de corrupção, que

238 NEVES, Antônio Castanheira. **Questão de fato – questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade. Ensaio de uma reposição crítica.** Livraria Almedina. Coimbra. 1967.

envolvem prova mais diferida no tempo, em relação a sua coleta, traz inúmeras dificuldades de persecução, ainda mais quando dentro da imunidade referente à inviolabilidade, ainda se encontram a impossibilidade de vir a ser instaurada investigação, durante o cumprimento do mandato, ou, o ajuizamento da ação respectiva, nesse período.

Além disso, e em havendo sido iniciado os atos de corrupção ao início de um mandato, o tempo de atuação espúria, por parte de parlamentar, enquanto no exercício do mandato, redundará em prejuízos de larga monta para o erário, de forma direta, ou, e o que é pior, a possibilidade de manifestação de vontade, pelo voto, por parte do parlamentar, em absoluta divergência com posicionamento anterior seu, em razão do recebimento de qualquer tipo de vantagem indevida, aqui sob a proteção da inviolabilidade.

Assim, necessário o ataque direto à corrupção política, como dito, de difícil perquirição, não transformando, ou não se deixando utilizar o instituto das imunidades parlamentares como mais uma ferramenta facilitadora desse escárnio público.

Há crítica a respeito da postura dos detentores de imunidades, no nosso caso, dos parlamentares, externada por Simon Wigley, quando refere que “enquanto todas as imunidades legais possibilitam a liberdade de atuação, isso, não necessariamente, significa que seu detentor necessitaria atuar de forma desmedida, garantido pelas imunidades”²³⁹. As imunidades, a rigor, permitem ao seu detentor, agir dentro dos limites por elas protegidos, mas isso não pode significar o direito moral de agir em qualquer direção, sob qualquer justificativa, ainda que dentro desses limites.

Tal assertiva deixa clara a dura tarefa de enfrentar o tema das imunidades, mais precisamente no que diz com a corrupção engendrada no meio político, uma vez que, para consumo geral, todas as atividades que estão sendo

239 WIGLEY. op. cit, pp. 23-40.

desempenhadas naquele âmbito, em tese, se encontram cobertas pelas imunidades parlamentares.

O desvendar de eventual ação corrupta encontra, em um primeiro momento, a dificuldade de se tomar conhecimento de que algo desvirtuado está acontecendo, e, aqui, segundo a definição mais aceita pela doutrina, se estaria entrando na esfera da *non-liability*, sendo que, após isso, e dependendo da legislação pertinente, ainda se teria a tarefa de superar eventuais entraves legislativos e processuais, a respeito da *inviolability*.

Simon Wigley sustenta que “A further challenge to parliamentary immunity stems from the view that vulnerability to ordinary law is the only effective way to deter politicians from engaging in corrupt activities. The underlying concern in this case may be that politicians are not sufficiently accountable to the electorate, rather than simply that they are prone to behave corruptly”²⁴⁰, ao analisar processo envolvendo caso Turco.

Em outras palavras, enquanto a imunidade, formalmente considerada, é neutra a respeito das ações que poderão ser desempenhadas dentro do seu espaço de proteção, as razões dessas garantias, relativas às imunidades, considerando o mérito da conduta, em tese, não se mostram neutras, e permitem uma análise crítica, sendo esta análise, dependendo do modelo adotado, realizada pelo próprio parlamento, ou pelo Poder Judiciário, após prévio exame do parlamento.

Na visão de Simon Wigley, “em um regime democrático, deve-se considerar como existente uma relação de representação entre cidadão-eleitor e parlamentar”²⁴¹. Nesse sentido, diz o autor, “o acordo que por ele é defendido, inclina-se na direção de uma visão de democracia que deve incentivar uma discussão pública acima de uma simples competição entre uma pluralidade de interesses”²⁴². Daí a decorrência, em parte, de parte da corrupção

240 WIGLEY, Simon. **Parliamentary immunity in democratizing countries: the case of Turkey**. Human Rights Quarterly. 2009. Vol. 31. Pág. 590.

241 WIGLEY. op. cit, pp. 23-40.

242 WIGLEY. op. cit, pp. 23-40.

política baseada nesse contrato de representação, defendendo ser direta a existência de corrupção decorrente desse sistema político.

Carla Amado Gomes sustenta que “as inviolabilidades se apresentam como prerrogativas de ordem pessoal e não somente funcional, afastando a legitimidade anterior de defesa de perseguição do Poder Judiciário, o que hoje já não mais se aceita como motivação, uma vez que há a possibilidade de constatação da ocorrência de eventual *fumus persecutions*”²⁴³. Além disso, refere que o desenvolvimento da ação penal, em crimes graves, se mostra mais importante e, portanto, prevalente, do que as presumíveis perturbações do funcionamento da atividade do parlamento.

Mark Philip sustenta que “só há um caminho sobre o qual deve ser desenvolvido uma política saudável, sem a possibilidade de dar chance ao surgimento de comportamentos corruptos, dos quais o conceito de corrupção deriva, de forma substantiva, a afetar essa política saudável”²⁴⁴.

A intenção, portanto, é a de haver princípios básicos, garantidores dessa política saudável, por meio dos quais, em um primeiro momento, se podem evitar comportamentos políticos inadequados e, em um segundo momento, o desenvolvimento de atos políticos corruptos, restando, uns e outros, passíveis de controle. Sustenta o autor a possibilidade de se fixarem *standards* éticos de comportamento e condutas na vida pública.

Em outras palavras, a teoria e princípios defendidos, descrevem quais são os interesses públicos e, assim, as obrigações das atividades públicas. Consequentemente, o acordo de democracia representativa, ou representação sem corrupção, podem ser vislumbrados como os objetivos a serem protegidos pelas imunidades parlamentares, afastando a corrupção política. Assim, com fundamento na teoria deliberativa, acima exposta, e que envolve a participação de

243 GOMES, Carla Amado. **Constituição, prisão preventiva e inviolabilidade dos deputados: do dito e não dito**. Textos dispersos de Direito Constitucional. Almedina. Lisboa, 2011.

244 Mark Philip apud WIGLEY, Simon. **Parliamentary immunity: protecting democracy or protecting corruption?** The journal of Political Philosophy: Vol. 11, Nº 1, Turkey, 2003.

representantes de forma a seguir os princípios de uma política saudável, uma representação corrupta pode ser definida seguindo os seguintes pontos, defendidos por Simon Wigley, quando afirma que “os parlamentares defendendo pontos de vista independentemente do mérito da argumentação; e, para obtenção de ganho próprio, ou de cidadãos em particular, ou grupos deles, estarão falhando em relação as suas funções no processo legislativo. Dessa forma, estarão favorecendo interesses particulares, quer seus, quer de terceiros, sem cuidar das reais justificativas de tais interesses. Tais posicionamentos, demonstrarão favoritismo, motivado simplesmente pela parcialidade de seus valores, ganhos pessoais ou ganhos políticos, buscando, por exemplo, eventual reeleição”²⁴⁵.

Simon Wigley, comenta e, posteriormente critica, o fato de ausência de regulamentação preestabelecida das atividades passíveis de serem adotadas pelos parlamentares, exatamente na direção do defendido neste trabalho.

Refere o autor que “O enigma colocado sobre as imunidade parlamentares é o fato de o Instituto dar proteção contra a possibilidade de incorruptibilidade (a função de representação) quando de corruptibilidade (a negligência em relação à representação). Isso em razão de que a imunidade formal, por si só, não especificar nem esclarecer quais são as obrigações representativas a serem desempenhadas. A extensão das atividades possíveis no espaço protegido pelas imunidades podem ir além da extensão das atividades prescritas pelas obrigações de representação, propriamente ditas. Isso só muda quando, e se, leis ordinárias forem editadas prevendo quais são as obrigações de representação pública. Por conseguinte, enquanto as leis ordinárias forem silentes a respeito do que os parlamentares podem fazer, eles continuarão, com a possibilidade de buscar seus próprios interesses, ganhos e benefícios políticos, impunemente”.²⁴⁶

A possibilidade de o exame de atos praticados pelos parlamentares pelo próprio parlamento, pode causar a sensação de impunidade latente, incentivando atos de corrupção, em total afronta aos princípios democráticos.

245 WIGLEY. op. cit, pp. 23-40.

246 WIGLEY. op. cit, pp. 23-40.

Tal situação, trás a sensação de que as imunidades parlamentares podem encorajar a corrupção política, tanto pelo fato de atrair interesseiros à política, quanto pelo fato de incentivarem os abusos pelos próprios parlamentares, uma vez eleitos.

Tudo isso, ao contrário do que possa parecer, e decorrente de uma leitura restritiva, não pode resultar na decisão, pura e simples, do abandono do instituto das imunidades parlamentares, mas, sim, da definição clara do alcance destas e os ideais e princípios democráticos intrínsecos à função representativa.

2. Princípio da igualdade

A evolução do princípio da igualdade de todos perante a lei, o incremento de inúmeros direitos e garantias aos cidadãos, aliado aos injustificados benefícios dos parlamentares, para além dessa situação, é fator de grande descrédito do instituto das imunidades.

O desequilíbrio da situação de igualdade, em razão da proteção de algumas situações, ou ações, que envolvam parlamentares, não só causa estranheza à maioria dos cidadãos, pela sensação de desnecessidade, como cria, no espírito de cada um, o sentimento de impunidade e de falta de alcance a condutas praticadas por parlamentares que, não fosse suas atuais condições, poderiam ser incriminadas, ou, em questões civis, redundarem em indenizações justas aqueles que se sentissem prejudicados.

Carla Amado Gomes sustenta que, “tanto a inviolabilidade, quanto a irresponsabilidade, nas democracias modernas, afetam o princípio da igualdade e o princípio da tutela jurisdicional”; acrescentando, ainda, que “a margem de liberdade do órgão parlamentar, no que diz com a decisão sobre levantar, ou não, a imunidade, suscita algumas preocupações devido à sua insindicabilidade”.²⁴⁷

247 GOMES, Carla Amado. **Por uma menor impunidade dos parlamentares**. Textos dispersos de Direito Constitucional. Almedina. Lisboa, 2011.

Além disso, e conforme sustentado pela Comissão de Veneza, o reconhecimento da non-liability, de modo especial, aparece como fundamental à democracia, como garantia ao escopo das imunidades de preservar a separação dos poderes, o que, contudo, como adverte o relatório mencionado, tal não pode se constituir em puro e simples negação de acesso à justiça²⁴⁸.

Conforme sustenta Ferrajoli, “O valor da igualdade dos cidadãos perante a lei, com a proibição de normas penais quase constitutivas, e o princípio da não derrogação do juízo enunciado, excluem a legitimidade de todas as condições subjetivas de proceder, isto é, de qualquer forma de imunidade a favor de sujeitos privilegiados”²⁴⁹, deixando claro que um proceder nesse sentido, determinaria, além de um tratamento desigual, a abertura, anunciada, da possibilidade de prática criminosa por uma esfera de pessoas expressamente nominadas.

Nesse sentido, o controle político, incidente sobre as imunidades parlamentares, transfere eventual punição a parlamentar envolvido, em pleito eleitoral subsequente, sem qualquer garantia de que venha efetivamente a ocorrer em relação a esse determinado parlamentar protegido pelas imunidades decorrentes de decisão política, do próprio parlamento. Ao contrário, por exemplo, do cidadão sem qualquer outra prerrogativa, que não os direitos e garantias individuais, previstos, de forma geral e uniforme, que, desde logo, se verá acossado pelo processo penal em tramitação.

O diferimento, no tempo, portanto, de eventual sanção, e a natureza diluída desta, condicionada a uma atenção e participação cidadã temerária, fazem-na fraca e incapaz de atingir o propósito democrático buscado pela renovação periódica por meio do sufrágio.

3. Exercício do mandato

248 Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities, March 2014, CDL-AD(2014)011.

249 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do garantismo penal**. 39ª ed. Editora RT.

Tema de necessária reflexão diz com o exame e conceituação de exercício de mandato. A toda evidência, para fins de reconhecimento de atuação legítima dos princípios e proteções advindas do instituto das imunidades parlamentares, a expressão exercício do mandato não pode ser tida como uma situação envolvendo, pura e simplesmente, um lapso temporal inserido entre a posse do parlamentar, ou sua diplomação, e o final do exercício do mandato.

Situação simples, por inserida em marcos temporais, tão somente, trás a possibilidade de se deixar de perquirir a respeito de qual a natureza dos atos praticados pelo parlamentar, nesse período, e, após, a necessidade de aferição a respeito da existência, ou não, de conexão desses atos com as atividades legislativas para as quais o parlamentar foi, em última análise, eleito.

Não se pretende, por evidente, traçar, de forma objetiva e exaustiva, quais os atos que estariam autorizados a serem praticados pelo parlamentar a fim de serem tidos como de natureza política, e, portanto, conectados com a atividade parlamentar, propriamente dita.

No entanto, e como as demais normas regulamentadoras, se mostra necessário deixar traçado, ao menos na direção a ser seguida, quais os atos que estariam cobertos pelas imunidades parlamentares, uma vez que em conexão, direta, ou não, com o exercício pleno da atividade parlamentar propriamente dita.

Assim, segundo Simon Wigley, “para definir qual o objeto de proteção das imunidades (ou o que os parlamentares possuem de poder para atuar), será necessário estabelecer um entendimento claro a respeito da função representativa. Para alcançar isso, será considerado o entendimento no qual o representante e o representado estão inseridos e considerados no processo de construção das decisões democráticas”²⁵⁰.

Assim, o exercício do mandato, a rigor, deve ser considerado como a forma de o representante levar a cabo aquele contrato tácito, decorrente de uma

250 WIGLEY. op. cit, pp. 23-40.

campanha eleitoral, com a qual anuiu o representado e, em função da qual, pretende ver o regime democrático em desenvolvimento, na sua essência.

Segundo Hannah Pitkin, “representação significa fazer presente algo que, na verdade, literalmente não está lá”²⁵¹. Isso sugere, segundo Simon Wigley, que “o representante não pode fazer presente seus próprios interesses, quer pessoais, quer políticos, ao menos que coincidam com os interesses do representado ou da nação, sem comprometer o desempenho de seu mandato”²⁵². Mais precisamente, finaliza o autor, o representante deverá ser autor de leis e políticas que o representado seria se estivesse presente.

A dureza e retidão de posicionamento, por evidente, não pode ser tido como regra inexorável de observância a fim de se constatar a ocorrência, ou não, do desempenho de atividade legislativa, no exercício do mandato, sob pena de inviabilizar qualquer forma de independência e autonomia, primeiro, do parlamentar e, depois, por consequência, do próprio parlamento, considerando as vicissitudes temporais e alterações do mundo político.

Assim, a visão majoritária do eleitorado, ou de uma nação, deve encontrar, se posicionamento nesse sentido houve durante a campanha eleitoral, o embate em sentido contrário, ainda que por parlamentar pertencente a partido com representação minoritária, não que o contrário, desde logo, venha a demonstrar a ocorrência de corrupção, mas, e considerando esta visão do legítimo exercício do mandato, um indício de que algo diferente possa estar ocorrendo.

Dentro desse parâmetro, aponta Simon Wigley, como sendo o objetivo das imunidades parlamentares o de “proteger e permitir, portanto, a habilidade dos parlamentares em deliberar, no lugar dos representados, considerando a possibilidade de que seus argumentos possam afastar-se do sentimento comum popular, ou , mesmo, dos interesses de grupos, em particular”²⁵³, sem que em função disso possam sofrer qualquer tipo de

251 PITKIN, Hannah apud WIGLEY, Simon. **Parliamentary immunity: protecting democracy or protecting corruption?** The journal of Political Philosophy: Vol. 11, Nº 1, Turkey, 2003.

252 WIGLEY. op. cit, pp. 23-40.

253 WIGLEY. op. cit, pp. 23-40.

perseguição política, quer por medidas adotadas no próprio interior do parlamento, quer por medidas levadas a efeito por autoridades estranhas ao parlamento, mas com competência legal, junto ao Poder Judiciário, sempre que quaisquer dessas iniciativas tenham a matiz evidenciado de perseguição política.

4. Levantamento das imunidades

Para Simon Wigley, que classifica as imunidades pela forma de possibilidade de apreciação do mérito dos atos por elas protegidos, salientando que para tanto, incidiram os modelos *The Legislative Agency Model* e *Authorization Model*, há que se perquirir os fatores de conveniência de cada um deles a melhor se aproximar de uma decisão que não venha a ferir o escopo das imunidades parlamentares.

Assim, e com relação ao *Legislative Agency Model*, já definido atrás, o autor refere que “para os casos em que a legislação pertinente não preveja a incidência da proteção das imunidades parlamentares sobre as atividades não-legislativas, tal situação pode abrir a oportunidade de interferência do Poder Judiciário, definindo, por interpretação, o que virá a constituir atividade legislativa”²⁵⁴. Isso não impede, segundo o próprio autor, que o Poder Legislativo, no desempenho de suas atividades típicas, venha a editar legislação que indique, de forma clara, quais os pontos que, afastados, de forma proposital, da atividade legislativas, possam vir a ser enfrentados pelo Poder Judiciário.

No entanto, ainda refere o autor comentado que, nessas ocasiões, ainda sobrarão a possibilidade de os parlamentares se sentirem acuados pela possibilidade de ajuizamento de diversas ações a pretenderem afastar as imunidades, retirando, por via indireta, a tranquilidade parlamentar no desempenho de suas funções.

254 WIGLEY. op. cit, pp. 23-40.

O que se pretende salientar é que a tão só disposição da possibilidade de ajuizamento de ações, em determinados temas e atos produzidos por parlamentares, poderá determinar o controle do parlamento, ou de parte deste, por terceiros interessados e organizados em posicionamentos da Casa diversos daqueles que vão ao encontro dos interesses públicos, sempre e quando a casa definir, desde logo, determinados atos não passíveis de serem cobertos pelo instituto das imunidades parlamentares.

Segundo o autor mencionado “a ameaça decorrente da interferência judicial e de interferências indiretas se mostra particularmente grave com relação à acusação de suborno político, onde, de acordo com o modelo Legislative Agency Model, a lei ordinária é relevante enquanto as atividades legislativas dos parlamentares não são consideradas como provas no julgamento. Assim, o parlamentar poderá ser acusado pela promessa de um futuro ato legislativo em resposta ao recebimento de suborno (no que o suborno diz com atos não legislativos não obstante a atuação legislativa prometida em razão do suborno), decorrente de seu discurso legislativo e ações, não poderão ser usados para suportar, ou fundamentar, uma acusação falaciosa. Com efeito, nada além da diferença entre a promessa e a implementação do prometido será utilizada para definir o perímetro de alcance das imunidades parlamentares”²⁵⁵.

Nessas condições, o que se vislumbra, é que eventual ação judicial poderá ser ajuizada mesmo sem o desempenho da atividade legislativa pelo parlamentar, ou se mostra necessário que a atividade legislativa, esta legítima, venha a se efetivar para que aquele suborno, que determinará que esta saia desviada, seja efetivamente reconhecido e passível de ser punido?

Mauro Arturo Rivera-León, em crítica feita às imunidades parlamentares no México, referiu, e aqui de forma geral, que “A modo de conclusión puede señalarse que la institución de la inmunidad parlamentaria es objeto de una crítica relativamente generalizada por parte de la doctrina. En el Derecho comparado, la sistemática denegación de suplicarios há obligado al planteamiento sin ambages de la función de la inmunidad, es decir, protección de la

255 WIGLEY. op. cit, pp. 23-40.

composición de la Cámara ante persecuciones políticas: sin persecución política no puede existir la inmunidad”.²⁵⁶

A natureza das cortes envolvidas, a redação da legislação pertinente, a existência de depoimentos advindos de testemunhas compradas, a produção probatória pobre, entre outras circunstâncias, poderão determinar o afastamento indevido das imunidades parlamentares, no sentido de restar impossível, desta forma, a prova a respeito de ter o parlamentar agido com vistas ao atendimento dos interesses públicos e não particulares.

Nesse sentido, ainda segundo Simon Wigley, “em havendo uma legislação falha, ou ausência desta, em relação aos atos não-legislativos, o Poder Judiciário poderá decidir, de forma a interpretar o acontecido, decidindo, conforme seus posicionamentos, o que se entenderá como atos legislativos, voltados ao bem público, e protegidos pelas imunidades e, aqueles, travestidos de legislativos, mas com objetivos próprios e particulares do parlamentar”²⁵⁷.

De outro lado, Simon Wigley, e agora em relação ao modelo Authorization Model, sustenta que “tal sistema, apropriadamente formulado, é menos suscetível a corrupções políticas, salientando que o eleitorado, por si só, dificilmente terá condições de deter a atividade de corrupção dos parlamentares”²⁵⁸.

Saliente-se, ainda, que somente com interpretações judiciais e confiando na ação retrospectiva das eleições, não se conseguirá dissuadir alguns parlamentares de condutas corruptas, em nome do eleitorado, e mesmo em relação ao parlamento. Isso determinará que se obtenham informações advindas de um inquérito policial, instaurado e levado a cabo pelos órgãos próprios de investigação.

256 RIVERA-LEÓN, Mauro Arturo. **Inmunidad Parlamentaria en México: un análisis crítico del fuero constitucional**. Universidad de La Sabana. Vol. 21. N° 1. Chia, Colombia. 2012.

257 WIGLEY. op. cit, pp. 23-40.

258 WIGLEY. op. cit, pp. 23-40.

Há, portanto, maior proveito no ataque à corrupção, no caso de possibilitar o afastamento de um parlamentar, por exemplo, para fins de vir a ser investigado, do que os inconvenientes ao parlamento, advindos de tal afastamento.

A impossibilidade de controlar a decisão do parlamento faz surgir uma afronta ao princípio basilar do Estado de Direito, segundo Carla Amado Gomes, de juridicização das condutas dos órgãos que integram o poder, que traz inerente a possibilidade de verificação de sua efetiva conformidade às regras e princípios que a envolvem.²⁵⁹

A questão da manutenção da integridade das atividades parlamentares, ao mesmo tempo que se pretende desincentivar a atividade corrupta atrelada a necessidade de se alcançar uma fonte idônea de informações legítimas, quer pela polícia, quer pelo Ministério Público, a fim de que o cidadão não se desconecte de seu representante, servindo, a um tempo, como coação ao parlamentar, e, de legitimação das atividades parlamentares, é questão delicada e profundamente discutida nos tempos atuais, de grandes notícias de desmandos e corrupção nos parlamentos democráticos.

Tal questionamento, para Simon Wigley encontra resposta precisa no Authorization Model, quando dá ao próprio parlamento os poderes de definir quando os parlamentares poderão ser processados e julgados, sem que faça qualquer distinção entre a *non-liability* ou *inviolability*, para tanto, apenas referindo que a autorização deverá versar sobre atos que não os legislativos.

Dessa forma, o que se teria, seria uma atuação parlamentar desviada da atividade parlamentar passível se ser autorizada pelo próprio parlamento, para se ver investigada e, porventura, resultar em uma punição ao membro envolvido.

259 GOMES, Carla Amado. **Por uma menor impunidade dos parlamentares**. Textos dispersos de Direito Constitucional. Almedina. Lisboa, 2011.

Assim, e nesse aspecto me apegue - diferentemente da imunidade parlamentar incondicionada -, a imunidade deverá ser condicionada a atividades legislativas, as quais, em caso contrário, verão aberta a possibilidade de levantamento das imunidades, pela própria assembleia, impedindo, em um primeiro momento, a intromissão do Poder Judiciário sobre ato eminentemente legislativo, atuação que somente virá a ocorrer quando, previsto em lei ordinária, ou mesmo na Constituição, restando estabelecido que de ato legislativo não se trata.

No entanto, e partindo-se dessa posição de previa autorização, ainda defendo que para o fim de garantir todos os efeitos de um modelo a partir do qual deverá haver autorização previa do parlamento para a instauração de inquérito policial, ou de processo penal, dependendo da situação, é a de que esta deliberação a respeito da autorização se faça de forma pública e com o voto aberto.

Se eventual pressão deve ser sentida pelos parlamentares, tal pressão não deve ser de nenhum outro poder ou instituição do Estado, que não o Poder Originário, representado pelos eleitores, os quais, bem informados, e isso se mostra cada vez com maiores possibilidades de ocorrência, quer pelos valores envolvidos, quer pelos inúmeros novos meios de comunicação de massa existentes, poderá vir, quando de nova possibilidade de escolha de representantes, agora sim, exercer seu poder-cidadão, afastando aqueles representantes que, segundo suas posturas, durante o exercício do mandato, se afastaram do acordo inicial com seu eleitorado.

Dessa forma, se poderia tentar afastar o protecionismo advindo de um sentimento de auto-proteção, conforme sustentado por John Locke no sentido de que “it is unreasonable for men to be judges in their own cases, that self-love will make men partial to themselves and their friends”²⁶⁰.

CAPÍTULO VIII – Bases fundamentais justificadoras

260 LOCKE, John apud WIGLEY, Simon. **Parliamentary immunity: protecting democracy or protecting corruption?** The journal of Political Philosophy: Vol. 11, Nº 1, Turkey, 2003.

Nessa esteira, bases fundamentais deverão, ou deveriam, ser consideradas para fins de se realizar uma regulamentação do instituto o mais próximo possível de seus princípios e objetivos para os quais foi criado.

Longe disso, e cada vez mais deslegitimado se tornará, vindo a ser, em futuro bastante próximo, sinônimo de impunidade, acobertamento e incentivo à corrupção.

1 – *Freedom of speech*

O primeiro deles, por evidente, estaria vinculado ao *freedom of speech*.

Assim, a liberdade de expressão, em uma sociedade democrática, cada vez mais assume caráter com matizes de absoluta, embora com a limitação da esfera jurídica de terceiro interessado ou, porventura, atingido.

Conforme Van der Hulst “The privilege of freedom of speech in parliamentary debate has repeatedly been recognised as the single most important one in the range of privileges, since it is not doubted that without the opportunity for members of parliament to speak their minds freely, they would be undermined.”²⁶¹

No mesmo local há referência, ainda, de que Hood Philips sustenta que “In the UK, freedom of speech is today seen as ‘inherent in the constitution of Parliament’”²⁶².

Nesse sentido, o Relatório da Comissão de Veneza deixou consignada a existência de previsões nas legislações aferidas no sentido de que a liberdade de expressão vem regulada em regras positivadas em cada país, com a utilização posterior do art. 10 do ECHR. Além disso, a sustentação do *freedom of speech* vem

261 VAN DER HULST 2000, p. 63 apud HARDT, Sascha. **Parliamentary immunity. A comprehensive study of the systems of parliamentary immunity of the United Kingdom, France, and the Netherlands in a european context.** Intersentia Ltd. Trinity House. Cambridge Business Park. United Kingdom. 2013. pág. 62.

262 PHILIPS, Hood et al. 2001, p. 272 apud HARDT, Sascha. **Parliamentary immunity. A comprehensive study of the systems of parliamentary immunity of the United Kingdom, France, and the Netherlands in a european context.** Intersentia Ltd. Trinity House. Cambridge Business Park. United Kingdom. 2013. pág. 62.

delimitado pelos objetivos positivados, em cada país, bem como pelo conteúdo de regras pertinentes ao instituto da *non-liability*; restando, ainda, por fim, a delimitação decorrente das regras de levantamento da *non-liability*, parâmetros, estes, que, de forma direta ou indireta, dão as diretrizes atinentes ao *freedom of speech*²⁶³.

É posição praticamente pacificada de que a liberdade de expressão é a chave do regime democrático, sendo, contudo, passível de ser, de alguma forma, delimitada, sem que isso represente cerceamento injustificado ou ilegítimo, mas, ao contrário, com absolutas e claras justificativas, a fim de manter sua necessária legitimidade.

No entanto, e com relação ao instituto das imunidades parlamentares, mas especificamente em relação à *non-liability*, tal base do instituto deverá ser preservada, de forma quase que plena, sempre e quando voltada às atividades parlamentares.

O parlamentar não poderá ver premido seu campo de expressão, sob o argumento de que estará ofendendo ou atingindo os interesses de uma maioria, por exemplo, ainda que justifique seu discurso no interesse de uma minoria.

Aqui se deverá enfrentar questões de absoluta profundidade ideológica, nas quais se encontram os discursos homofóbicos, os discursos xenofóbicos, os discursos racistas, os discursos de ódio, os discursos de incitação ao crime ou à desordem em cotejo com a participação e atividade do parlamentar.

Assim, opiniões criminosas, instigadoras e fomentadoras do ódio, preconceituosas, todas com tipificação previstas, em nada diferem de atos como aqueles que envolvam o crime de corrupção, a não ser a necessidade de exame da conexão entre uns e outros com o desempenho da atividade legislativa, em sua natureza mais lídima.

263 Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities, March 2014, CDL-AD(2014)011.

Os crimes de corrupção, quando inicialmente comprovados, dão ensejo, em regra, à concessão de licença para processamento judicial, sem, as mais das vezes, nenhuma possibilidade de terem sido entendidos como exercício pleno do mandato; enquanto que, as opiniões emitidas, claramente sem vinculação ao mandato, desta forma podem não ser encaradas, considerando a dificuldade entre a clareza de uns e de outros.

No entanto, e sempre se buscando a vinculação com tudo o que até aqui já restou referido em relação ao exercício do mandato legislativo, não pode parecer diverso dos crimes de corrupção, por exemplo, a possibilidade de constatação do desvio de conduta em uma direção, ou em outra.

Não há como se pretender, dependendo das circunstâncias, a simples e pura punição de parlamentar, ou possibilidade de seu processamento, pelo fato de ter expressado, em discurso, nota, ou qualquer outro tipo de manifestação, qualquer desses posicionamentos antes referidos, desde logo.

O que se pretende, sim, é que tais discursos restem adstritos a uma forma de conduta parlamentar estritamente ligada à atividade parlamentar. O desvio, no sentido de pessoalizar ditas situações, em muitos casos, a toda evidência, irá de encontro a interesses e direitos de terceiros, perfeitamente individualizados, aos quais não se poderá suprimir o acesso pleno à justiça.

Não se está, de qualquer forma, pretendendo cercear a manifestação de vontade do parlamentar, a ser exprimida em seus votos, em quaisquer situações em sua atividade parlamentar, conforme já esclarecido.

Assim, eventual voto de parlamentar no sentido de não concordar com o casamento gay, com a adoção por casal gay, ou com a entrada de refugiados em seu país, necessitará, a fim de pretender o convencimento dos demais pares, a fim de que lei em análise venha ser editada com o entendimento pretendido pelo

parlamentar, um discurso anterior, o qual, considerando a natureza polêmica dos temas, poderá encontrar, não só resistência, com campo fértil para discussões acaloradas, as quais poderão desbordar daquelas admitidas para o livre exercício do mandato, com a garantia da manifestação de vontade e liberdade de expressão, demonstrando a necessidade de delimitação a respeito desse campo de atuação.

A pretensão deste ponto, então, consiste na fixação de um limite entre o discurso e o ponto, dentro da atividade política, pretendido pelo parlamentar, entre os quais deverá haver uma conexão, ainda que tênue, mas necessária.

Não se justificará o discurso no qual o desvio demonstre que a pretensão do parlamentar é a de atender interesses próprios, escusos, ou de grupos determinados, que não constituam minorias, conforme já diferenciado.

A questão, por certo, exige exame pormenorizado, mas o dolo, em muitas figuras típicas, e em relação a todos os cidadãos, também exige e, em muitas das vezes, é aferido a partir da conduta do autor, o que, no caso dos parlamentares, se pretende seja aplicado.

2 – Objetivos quanto à pessoa

Há, ainda, a necessidade de se fixar quais os objetivos quanto à pessoa.

As imunidades, em um primeiro momento, são dirigidas à pessoa do parlamentar, pois somente existem se existir um parlamentar, devidamente integrante de uma casa parlamentar.

No entanto, esta situação somente ocorre em um primeiro momento, em uma desavisada análise do instituto. Mais do que a existência de uma pessoa no cargo de parlamentar, as imunidades, a rigor, garantem determinadas prerrogativas ao mandato, e, de forma mediata, ao eventual seu ocupante.

Assim, o que se pretende defender, e desde logo se faz, é sustentar que o instituto das imunidades está voltado, a toda evidência, ao parlamento, ao Poder Legislativo, como uma das pilstras de um governo democrático.

Partindo-se dessa premissa, a pessoa que estiver no exercício de determinado mandato, de forma mediata, será protegido pelos princípios das imunidades parlamentares, desde que não se afaste, de qualquer maneira, do mandato, daquilo que o legitimou a tais prerrogativas, e que, em última análise, está vinculado a todos os princípios que regem o parlamento.

Novamente relevante é a lição de Simon Wigley quando defende que “uma questão recorrente, hoje, é a de se saber se as imunidades parlamentares servem para proteger os interesses dos eleitores, na pessoa dos parlamentares, ou, por outra, se apenas os interesses dos parlamentares”²⁶⁴.

Salienta que “como todo o ato que é suspeito de ser corrupto (p. ex. A aceitação de suborno para o voto ou posicionamento no parlamento, omissões em declarações de doações e contribuições realizadas, ou, ainda, o nepotismo), ou atos difamatórios, direção alcoolizada, questões que não são examinadas pelos tribunais, torna, nessas circunstâncias, necessário o debate sobre a legitimidade das imunidades parlamentares”²⁶⁵.

A preocupação do autor é o fato de essas situações possibilitarem uma extensão dos efeitos das imunidades parlamentares além e acima dos próprios objetivos do instituto, possibilitando uma atuação na esfera pessoal que não seria possível não fosse o uso indevido do instituto.

Nessa perspectiva, uma atuação desse quilate, sob o palio do instituto das imunidades, deixa a sensação, para os cidadãos, de uma conduta anti-democrática, afastando, sobremaneira, a legitimidade do instituto das imunidades parlamentares.

264 WIGLEY. op. cit, pp. 23-40.

265 WIGLEY. op. cit, pp. 23-40.

Refere o autor que “The political pressure to circumscribe the immunity is given added impetus by the prevailing public perception that political corruption is widespread”²⁶⁶.

Dáí, portanto, a necessidade de regulamentação precisa do instituto das imunidades, afastando, de um lado, a sensação do uso desviado do instituto; e, de outro, sua legitimação em razão de seu direcionamento correto aos propósitos a que se destina.

De outra forma, e o sentimento do cidadão será de favorecimento inadequado e injustificado aos parlamentares, com a busca da eliminação definitiva das imunidades parlamentares, vindo, desta forma, a atingir, diretamente, a quem deveria servir o instituto, qual seja, o próprio parlamento.

Tal reação, com já se viu, se pode constatar facilmente, quando se percebe que um grande número de democracias modernas vem reduzindo, em muito, as regras previstas para o instituto das imunidades parlamentares.

Não há, assim, qualquer dificuldade de se entender quais os propósitos necessários a serem observados no desempenho de um mandato, pois deverão, a toda evidência, estar conectados com aqueles buscados pelo parlamento. O resto, ou o diverso disto, é desvio e, portanto, estranho ao instituto das imunidades, sob pena de evidente, flagrante, deslegitimidade do instituto em análise.

Nesse sentido, e para esse efeito, tendo em vista a real constatação do uso indevido do instituto das imunidades em alguns países, a toda evidência, com a preocupação daqueles integrantes da União Europeia, a Secretaria Geral do Conselho da Europa convidou a Comissão de Veneza, juntamente com o GRECO, para desenvolverem critérios e um guia para levantamento das imunidades parlamentares, com a intenção de evitar o mal uso destas imunidades, bem como a

266 WIGLEY. op. cit, pp. 23-40.

ocorrência de seletivas e arbitrárias decisões, bem como para garantir uma transparência adequada a tal procedimento.²⁶⁷

Há, ainda, a necessidade de se salientar, mantendo o mesmo princípio do reconhecimento explícito da atividade ligada diretamente ao mandato, o fato de que eventuais atuantes no âmbito do parlamento, quer de forma física, quer em decorrência de contribuição primordial à atividade, venham, da mesma forma de os parlamentares, a ser garantidos, enquanto nessa condição, como, por exemplo, acontece no Brasil com os jurados que compõem o Conselho de Sentença, nos julgamentos pelo Tribunal do Júri, a serem da mesma forma protegidos, de um lado, mas, também, com as mesmas obrigações adstritas à função que estão desempenhando e ao cargo que esta está ligada.

O Relatório da Comissão de Veneza esclarece que “a extensão da cobertura da *non-liability* a outras pessoas, que não parlamentares, mas que, de algum modo, ou por algum motivo se encontram vinculadas ao parlamento, de forma temporal, ligados, como participantes de comissões, testemunhas em Comissões Parlamentares de Inquérito, entre outras, podem servir de standards a respeito do que se deve considerar, no caso dos parlamentares, atos praticados no estrito exercício do mandato parlamentar”²⁶⁸.

Quando este não existe, como no caso de pessoas circunstancialmente ligadas ao parlamento, esta diferenciação se mostra translúcida e só reconhecida se, e enquanto, a atuação desse terceiro se mantiver diretamente ligada ao objeto para o qual foi convocado. Qualquer outra manifestação, em sentido diverso, por sua condição de estranho à casa, deixa clara a ausência da necessidade de proteção da *non-liability*.

A existência de um mandato parlamentar, por si só, não pode esfumçar essa clareza existente sem a sua presença, pois a ilegitimidade continua existindo, na medida em que posicionamentos e expressões utilizadas por um parlamentar não

267 Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities, March 2014, CDL-AD(2014)011.

268 Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities, March 2014, CDL-AD(2014)011.

terão nenhuma utilidade em alcançar o escopo principal de uma atuação legitimada de um parlamentar, em determinada situação, ainda que sustentada a intenção de alcançar, ou garantir, um interesse público.

3. Objetivos quanto ao tempo.

Além dessas, diretrizes mestras a respeito do lapso temporal que verão abranger as atividades cobertas pelas imunidades parlamentares, também se mostram necessárias ser fixadas.

O tema, em princípio, tormentoso, decorre, a toda evidência, da fixação dos parâmetros anteriores, a respeito de definir o que constitui ato parlamentar e, de outro lado, o que é estranho a essa atividade.

Por conseguinte, o ato parlamentar, vinculado com a atividade política, deverá assim ser considerado e, portanto, coberto pelas prerrogativas das imunidades parlamentares, desde o momento da posse do parlamentar.

Saliento que, antes disso, e ainda durante a campanha eleitoral, há outras regras a serem observadas, quais sejam, aquelas relativas aos pleitos eleitorais, as quais, por si sós, mereceriam uma outra tese de mestrado, razão pela qual, neste ponto, serão tratadas, apenas, como diferenciadores de uma atividade parlamentar, propriamente dita, e aquelas relacionadas às observâncias exigidas dos candidatos, em qualquer eleição a cargos no parlamento.

No entanto, e definido isso, as imunidades passam a assumir matizes diferentes, considerando serem elas voltadas à non-liability, ou, por outra, à inviolability.

Nas primeiras, o caráter é permanente e, desde a posse, até o final do mandato, deverão ser observadas. Contudo, e mesmo mantendo a firme posição de que mandatos políticos não constituem carreira, pois dependem de fatores externos

à vontade de seu ocupante, há a possibilidade de perpetração de vários mandatos parlamentares, o que, a rigor, impediria uma responsabilização para o caso das inviolabilidades.

Assim, e considerando isso, eventual delito cometido durante um mandato, estaria coberto pelas imunidades até o final daquele mandato, ao qual se direcionam, passando, a partir de um eventual novo mandato, estar possibilitada a perquirição a respeito de eventual responsabilização do parlamentar pelos fatos lá ocorridos.

4. Atos cobertos.

A liberdade de manifestação, diretamente ligada à *non-liability*, é a pilastra mor da atividade parlamentar. A partir de seu exercício pleno, todas as demais atividades, prerrogativas e efeitos pretendidos pelo parlamentar, serão, ou não, atingidos.

Em razão disso, portanto, deverá ser cuidada com extremo zelo e responsabilidade, não deixando interferências outras, que não a do debate aberto sobre determinada questão, impedir que a manifestação de parlamentar possa ser ouvida, redigida, publicada ou vista pelos interessados.

No entanto, e aqui o tema se mostra mais tormentoso, há a necessidade de definir se em todos os atos levados a efeito pelo parlamentar ele estará coberto pelo manto protetor das imunidades, a ponto de expressar opiniões, fixar pontos de vista e lançar críticas desconexas com seu mandato, sob o argumento de que, pelo fato de estar parlamentar, tais manifestações restarem sempre conectadas.

Nesse aspecto, conforme afirmado no relatório da Comissão de Veneza²⁶⁹, isso tudo determina, portanto, a necessidade de um regramento claro a respeito dos pressupostos da *non-liability*. Em última instância, e aqui conforme meu

269 Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities, March 2014, CDL-AD(2014)011.

pensamento, o que se pretende sempre regradar e definir é o que está abrangido em “manifestações decorrentes do exercício do mandato”, ponto nevralgico da presente tese, e que se pretende fixado como tal.

Com a simples intenção de traçar um grau de comparação entre a extensão das imunidades parlamentares e aquelas garantias que permitem a funcionário público, detentor de poder de polícia, cabe referir a lição de NUNO BRANDÃO que, em termos, se mostra adequada ao que se pretende legitimador das imunidades parlamentares. Refere o autor:

“A licitude da conduta do funcionário dependerá sempre, todavia, do cumprimento de determinadas condições. É praticamente consensual, desde logo, que a legitimidade pressupõe que o funcionário seja, de facto, material e territorialmente competente. A competência material existe quando a medida pertence ao círculo das funções legalmente atribuídas ao funcionário. Um desvio de competência, mesmo que por equívoco do funcionário, torna a ação ilegítima. Mas se exige que sejam respeitadas as formalidades e procedimentos essenciais para a tutela dos interesses jurídicos do afectado pelo facto. Como ainda, para alguns, deve a conduta manter-se dentro dos limites impostos pelos princípios da necessidade e da proporcionalidade, que em geral devem orientar a intromissão dos órgãos estaduais na esfera jurídica dos particulares”.²⁷⁰

Entendo possível pensar desta forma, considerando que dentro da competência material se encontre o vínculo, ou o nexó, com a atividade parlamentar, sob pena de, ao contrário, se estar autorizando condutas criminosas, quer por incitação aos mais variados crimes, quer por incitação às mais variadas formas de preconceito, ou, ainda, do cometimento de crimes contra a honra, diretamente direcionados a desafetos de parlamentares, sem vinculação direta aos posicionamentos políticos de quaisquer dos envolvidos.

Como já referido, tal situação demanda a análise do fato de tais manifestações, independentemente do ambiente físico em que sejam expressas,

²⁷⁰ BRANDÃO, Nuno. **Justificação e desculpa por obediência em direito penal**. Coimbra Editora. Coimbra. 2006. p. 51.

encontrem algum vínculo, algum nexó com o desempenho das atividades políticas atinentes ao parlamentar.

Dizer-se que tal presunção se mostra absoluta, é dar carta branca a parlamentares que, conforme vários atuais exemplos, por vezes nem sabem para que servem as imunidades parlamentares.

O exame necessário, como forma de aferir o alcance de ambos, quer-se dizer, da atividade política e do ato diretamente praticado, diz com o fato em si, pretendido, ou não, como resultado buscado pelo parlamentar.

A condição, portanto, de haver vínculo entre ambos, a determinar esteja o primeiro protegido pelas imunidades parlamentares, vai decorrer, necessariamente, dos efeitos buscados pelo parlamentar. Se estes efeitos tiverem como objetivo alcançar posicionamento do parlamentar, no sentido de defender sua visão sobre determinado assunto, justificada estará sua atuação, por mais dura e rígida que seja.

Deve-se atentar, no entanto, para a possibilidade de, a pretexto, ou com a intenção de privilegiar uma atuação democrática, se estar facilitando atividades espúrias veladas. Nesse sentido, Sascha Hardt refere que “On the one hand, it is generally recognised in scholarly literature and constitutional practice that the protection which immunity affords is indispensable to the operation of democracy. On the other hand, the scope of this protection is often perceived as excessive”²⁷¹, acrescentando que “It is argued that parliamentary immunity enables representatives to ‘pursue their own personal and political interests, over and above that which is made possible simply by their position of influence’²⁷² – a possibility which is seen as highly undemocratic and often leads to calls for immunity to be curtailed or even abolished”²⁷³.

271 HARDT, op. cit, pág. 06.

272 Wigley 2003, p. 23 apud HARDT, Sascha. **Parliamentary immunity. A comprehensive study of the systems of parliamentary immunity of the United Kingdom, France, and the Netherlands in a european context.** Intersentia Ltd. Trinity House. Cambridge Business Park. United Kingdom. 2013. pág. 06.

273 Such calls are often heard in debates surrounding alleged corruption cases. Cf. Özbudun 2005; Wigley 2009 in HARDT, Sascha. **Parliamentary Immunity. A Comprehensive Study of the systems of parliamentary immunity of the United Kingdom, France, and the Netherlands in a European Context.** Intersentia Ltd.

No entanto, e por outro lado, se os efeitos de uma determinada manifestação de um parlamentar venham em total desconexão com sua atuação como tal, deixando claro que o objetivo, nem de perto passa com o alcance do exercício pleno de seu mandato, outra situação, outro resultado, não se poderá esperar, que não o do imediato afastamento das imunidades e, nesse caso, da responsabilização direta do parlamentar pelos atos cometidos.

Saliento que não há qualquer apreciação política da situação, a ensejar crítica no sentido de que se estaria imiscuindo sobre a forma de atuar dos parlamentares, uma vez que o exame pretendido dirá, tão somente, com a existência de vínculo de conexão entre o ato e o fim público buscado.

A questão se mostra ainda interessante quando se afasta, na visão de Simon Wigley²⁷⁴, a análise a respeito de se estar a tratar de inviolability ou de non-liability, mas sim do sistema, ou modelo adotado pelo país, a fim de exigir, ou não, a autorização do parlamento para eventual ingerência em ato de parlamentar.

Assim, e de acordo com a doutrina de Simon Wigley, o Legislative Agency Model tem como objeto das imunidades a atividade legislativa dos parlamentares.

Nesse sentido, os debates e discursos dos parlamentares não podem ser utilizados como fundamentos de ações judiciais, sendo, segundo o autor, entendimento da Suprema Corte Norte-americana, no sentido de que “atividade legislativa” significa “os atos geralmente realizados no curso do processo legislativo”. Assim, na visão norte-americana, publicações, informativos e discursos externos ao Parlamento, não estão abrangidos pelas imunidades, deixando clara a necessidade da vinculação imediata do instituto à atividade parlamentar propriamente dita.

Trinity House. Cambridge Business Park. United Kingdom. 2013. pág. 06.
 274 WIGLEY. op. cit, pp. 23-40.

Resta fixado como parâmetro, conforme defendo nesta tese, que as imunidades são voltadas às atividades parlamentares, independentemente se o ato foi praticado dentro ou fora do parlamento.

Contudo, há variações a respeito do que pode ser considerado como atividade legislativa, sendo a regra naqueles países que seguem o modelo do Reino Unido, que tais atividades possuem imunidades em caráter absoluto, não podendo estas ser levantadas nem pela própria Casa.

No entanto, segundo Simon Wigley, prevalece o modelo Authorization Model, que estende a proteção tanto para a atividade legislativa quanto para a não legislativa, mas praticada por parlamentar.

De outro lado o Legislative Agency Model regula tanto as atividades parlamentares praticadas por estes, como também os crimes cometidos por parlamentares, abrangendo todos os atos sob o pálio das imunidades, salvo se deliberado pela própria casa sejam estas levantadas.

Ainda, as prisões em flagrante são autorizadas, bem como as atividades civis, ilegais, as quais não estarão abrangidas pelas imunidades. Diferente da imunidade incondicional, a presunção, nestes casos, é a de que o parlamentar poderá ser judicialmente questionado.

Entendida de outra forma, a proposta de modelos de controle das imunidades apresentada pelo autor antes referido, e mais precisamente o denominado Authorization Model, possibilita a existência de imunidade incondicional, alhures nominada *non-liability*, segundo a qual a imunidade relativa aos atos do processo legislativo não podem ser levantadas; e, também, pela imunidade relativa, tida como a *inviolability*, segundo a qual a imunidade sobre atos criminosos estranhos à atividade parlamentar possibilitam o levantamento das imunidades.

Diz o autor que “It should be made clear that while representatives are the bearers of parliamentary immunity, the intended target is in fact their hability to act for the represented”²⁷⁵.

Dessa forma, as imunidades parlamentares pretendem a defesa do espaço de deliberação entre os parlamentares, de forma igualitária, trazendo a possibilidade de uma minoria parlamentar, em discursos pertinentes, virem a convencer eventual maioria, a fim de obterem uma votação no sentido pretendido por sua bancada.

Com isso não se está a falar na venda de votos, vício de vontade, ou qualquer outra forma de corrupção, que será tratado a seguir, mas da segurança da exposição de posicionamentos em conformidade com pensamentos em minoria, por exemplo.

Assim, e segundo Simon Wigley, “as imunidades parlamentares acarretam ao processo legislativo a invulnerabilidade aqueles que são por elas tidos como titulares, por lei. Nesse sentido, as imunidade parlamentares permitem manter, de forma igual e equilibrada, a possibilidade de defesa de teses opostas, em relação a todos os pontos de vista trazidos à discussão no parlamento, dando vida à dialética tão necessária nos regimes democráticos”²⁷⁶.

5. Manifestação livre de vontade (Voto comprado).

O tema, tido como a expressão máxima da atuação parlamentar, e, portanto, protegida pelas imunidades parlamentares, a meu juízo, não se encontra afastado, de forma absoluta, de uma apreciação mais aprofundada de eventuais vícios, anteriores, que venham a invalidar, de forma intrínseca, a manifestação parlamentar por meio do voto.

275 WIGLEY. op. cit, pp. 23-40.

276 WIGLEY. op. cit, pp. 23-40.

A situação me parece até clara, tendo em vista que voltamos à causa de estar o ato praticado pelo parlamentar diretamente aos fins políticos por ele buscados.

Na situação em tela, a rigor, e em uma análise mais superficial, tal situação pareceria clara, pois decorrente de voto, manifestado por parlamentar, no interior do parlamento, em decorrência, direta, do exercício pleno de seu mandato.

No entanto, disse decorrente de uma análise superficial, pelo fato de que, se em decorrência de investigação levada a cabo por quem legitimado para tanto, restar demonstrado que tal voto, deste ou daquele parlamentar, foi expressado em determinado sentido, em razão de suborno, ou qualquer outra forma de corrupção, a demonstração inicial de que o ato se mostrava hígido, resta desfeita.

Entendo, ainda, que a punição do ato anterior, de suborno ou corrupção, por si só, não se mostra capaz de salvar do vício de invalidade o resultado de votação nesse sentido obtido.

O desvirtuamento anterior da manifestação de vontade do parlamentar deixa de proteger o seu voto, pois este deixa de ser sua livre manifestação de vontade, pois esta, a toda evidência, não poderá ser uma livre manifestação de vontade criminosa, sob pena de se autorizar a edição de leis, por exemplo, mediante a compra da vontade de parlamentares necessários ao alcance de eventual quorum regimentalmente previsto.

Além disso, a ausência de nexos entre o ato praticado e aquela real atuação política do parlamentar, se desvanece, pois se foi necessário, de alguma forma ser comprado seu voto, por evidente que sua vontade original era em sentido oposto, afastando, como dito, a legitimidade dessa manifestação de vontade.

Cabe salientar, contudo, que a Comissão de Veneza, no relatório de Março de 2014²⁷⁷, fixou posicionamento no sentido de que o voto possui proteção absoluta, por ser a extrema manifestação de vontade do parlamentar, salientando que a corrupção ocorre pelo recebimento do suborno para a votação em um determinado sentido, e não pelo voto em si.

Já Simon Wigley²⁷⁸ refere que eventual decisão judicial a respeito do teor do voto dado, independentemente da constatação de suborno prévio irá determinar que a vontade de um não-eleito venha a se sobrepor sobre aquela de um legitimamente eleito, salientando que quanto maior for a ingerência do Poder Judiciário a respeito, menor será a participação da cidadania nos atos do Poder Legislativo.

Assim, segundo o autor Simon Wigley, a avaliação dos votos dados por parlamentares, em um primeiro momento, deverá ser feita pelo cidadão, em eleições futuras, o que, segundo minha opinião, em democracias jovens e, em razão disso, pouco afeitas a este controle mais preciso, sem a tônica da participação atuante da cidadania, impedirá que tais atos sejam efetivamente avaliados e impedidores de eventuais reeleições, necessitando, assim, uma regulamentação o mais precisa possível, para que possam ser examinados pelo Poder Judiciário.

Nessas condições, o eleitorado, por si só, dificilmente terá condições de deter a atividade de corrupção dos parlamentares.

Para tanto, contudo, necessário se faz, neste particular, sejam os votos expressos pelos parlamentares, em suas atividades legislativas, abertos, para que, comprovada tal situação, em investigação anterior, concomitante ou posterior, venham a ser aqueles comprovadamente fraudados, anulados, com as consequências daí resultantes.

277 Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities, March 2014, CDL-AD(2014)011.

278 WIGLEY. op. cit, pp. 23-40.

Salienta, ainda, Simon Wigley que, “if the court is more inclined to view democratic politics as a competition between a plurality of interest groups, it will be less concerned over the extent to which campaign contributions lead representatives to base their actions on the particular interests of donors rather than justificatory force”²⁷⁹, deixando transparecer que o tribunal pode pender para qualquer dos lados, no exame dessas questões, dependendo de qual a visão de uma política participativa, o que, na opinião do autor, não poderia estar sob o crivo do Poder Judiciário.

A questão, a meu juízo, mais do que delegar ao Poder Judiciário a decisão a respeito do que consistiria a atividade legislativa, propriamente dita, uma vez que prevista em lei, seria a de vincular, de forma precisa, tal previsão com a necessária conexão entre o ato legislativo e o fim por ele buscado, os quais, sem qualquer ressalva, devem estar previstos, possibilitando uma visão mais jurídica do que política, trazendo mais segurança por ocasião de eventual decisão.

A questão do voto aberto, de outro lado, diz com a necessária fiscalização dos representados com as atividades de seus representantes, os quais, se bem não estão adstritos a eventuais compromissos assumidos antes de tomarem posse, e durante a campanha política, pelos seus atos, no exercício do mandato, estarão sendo avaliados pelo eleitorado mais comprometido, com reflexos, aí sim, em eleições futuras.

Dessa forma, a questão pertinente à proteção absoluta do voto de parlamentar dependerá, sim, da inexistência de qualquer mácula comprovada a respeito do momento da decisão em determinado sentido, sob pena de, conforme sustentado, tal proteção ir de encontro aos interesses dos representados, ainda que com posterior punição do representante.

6. Falta de decoro parlamentar (natureza diversa).

279 WIGLEY. op. cit, pp. 23-40.

Há, ainda, uma questão absolutamente relevante e que diz com maior ou menor proteção no que diz com o instituto das imunidades parlamentares.

A afirmação no sentido de que há a necessidade de diferenciação entre as regras atinentes às imunidades parlamentares e aquelas referentes ao decoro parlamentar trás maiores benefícios à proteção do parlamento, dirigindo-se, estas últimas, exclusivamente aos parlamentares, ou, por outra, os tornando mais passíveis de sofrerem pressões internas, todas já aqui mencionadas, fragiliza, no final das contas, a atuação e independência do parlamento?

Nesse sentido, o Relatório da Comissão de Veneza entende que as regras a respeito das imunidades parlamentares e aquelas referentes ao decoro parlamentar, não possuem a mesma natureza, não podendo, por tal motivo, as normas pertinentes ao decoro exigido no parlamento ser tidas como imunidades²⁸⁰.

No entanto, ressalta que em alguns dos parlamentos estudados, as regras pertinentes às imunidades parlamentares se sobrepõem aquelas referentes ao decoro, deixando transparecer a necessidade de o parlamento, como fim legítimo das regras de imunidades, ser o fim último visado. Do contrário, se pretendidas ingerências ilegítimas que se pretende defender com as imunidades parlamentares fossem permitidas pelas regras de decoro, a proteção ao parlamento restaria, novamente, fragilizada, aí sim, dependendo apenas de conjunturas políticas internas, decorrentes das quais restariam ameaçadas, por exemplo, a vontade das minorias, prevalecendo, por vezes, o interesse de poucos, diferença esta já estabelecida atrás.

Estas, se consideradas como proteção da atividade parlamentar propriamente ditas, darão maior proteção aos parlamentares, mesmo que aferidas suas condições por órgão externo, do que aquele exame político, por vezes

280 Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities, March 2014, CDL-AD(2014)011.

pressionado pela opinião pública, decorrente de eventual alegação ou constatação de falta de decoro parlamentar.

Enquanto o exame das condições de incidência da proteção decorrente das imunidades parlamentares enfrentarão acurada aferição pertinente a existência, ou não, dos pressupostos, ou das bases fixadas para seu reconhecimento, exigem uma fundamentação, com afastamento das teses em contrário, porventura lançadas, o exame político da falta de decoro parlamentar, ao contrário, se mostra mais suscetível de ser aceito, ou não, sem qualquer dessas garantias antes mencionadas, deixando claro que, em regra, tal situação será decidida em função das circunstâncias políticas envolvidas em determinado corte histórico.

CONCLUSÃO

O exame do tema, como se pretendeu demonstrar, não obstante vir sendo tratado há muito tempo pela doutrina, afora situações esporádicas, pouco encontra de estudo aprofundado, na maioria das situações.

O que se tem são fixações de conceitos, por vezes distantes da realidade, delimitações cômodas da atuação de cada um dos poderes constituídos, sem, contudo, o exame detalhado de situação que, historicamente, encontrou, e continua encontrando, a necessidade de atualização constante da essência do instituto das imunidades parlamentares, sob pena de queda em desuso, ou, e o que é pior, o uso desvirtuado das imunidades parlamentares, a possibilitar sejam encobertos os mais variados crimes.

Assim, e nesse sentido, se entende necessário o trato das imunidades parlamentares se manter revitalizado com acompanhamento, tanto na esfera interna, como no Direito internacional, das alterações ocorrentes e do desempenho de seus titulares em cada uma delas, uma vez que a necessidade de vinculação, conexão, com o fim e o propósito originais, em nada difere entre estas e aquelas esferas.

Essa coerência de tratamento, com relação à conexão entre a atividade parlamentar, propriamente dita, e os atos efetivamente praticados pelos detentores das imunidades parlamentares é que, em relação à non-liability, deverá ser o norte legitimador, a essência justificadora, em cada caso examinado, da manutenção, ou não, mesmo desta espécie de imunidade parlamentar, dita, por muitos, e de forma vaga e imprecisa, como absoluta.

Na verdade, será absoluta, desde que ato parlamentar justificante tenha ocorrido. Do contrário, entrará na categoria de abuso, de desvio, de desvirtuamento, a afastar, a toda evidência, a legitimidade da imunidade parlamentar pretendida, decorrente, principalmente, da estranheza de recebimento, por parte dos cidadãos, de atitudes diversas daquelas entendidas como possíveis, embora, em algumas democracias, por já fatos lamentavelmente comuns, pouco sejam notados pela população mais desavisada.

Contudo, e aqui um alerta, a fluência tem que ser em sentido de legitimação popular pela constatação da necessidade da proteção do parlamento; e, não, ao contrário, de entendimento errôneo no sentido de que as imunidades parlamentares servem para a proteção dos interesses individuais do parlamentar.

Há a necessidade de positivação das exceções em relação à non-liability, possibilitando, desta forma, que ações judiciais possam ser ajuizadas, a fim de haver decisão a respeito da adequação de determinada conduta a essas exceções legais.

Nesse sentido, e no sentido de sustentar a necessidade de participação do Poder Judiciário, nas decisões que possam envolver técnica jurídica, no enfrentamento dos pedidos de levantamento das imunidades parlamentares, cabe salientar, neste especto, a posição de Luigi Ferrajoli quando menciona que “De una parte, pues, la naturaleza cognitiva de la jurisdicción permite configurarla, a diferencia de la legislativa y de la administracion, como aplicación de la ley. De otra, permite asegurar el derecho fundamental específico, especialmente relevante em el derecho penal, a la inmunidad de la persona frente a sanciones arbitrarias.

“El juz no es propriamente un órgano de Estado-aparato. Frente a los demas poderes del Estado, puede decirse incluso que es un contra-poder, em el doble sentido de que a él le corresponde el control sobre los actos inválidos y sobre los actos ilícitos, y por tanto sobre

las agresiones, de todo tipo, a los derechos de los ciudadanos”²⁸¹, e aqui, incluo eu, inclusive quando, por decisões políticas, se virem aliados da possibilidade de postular em juízo, por exemplo.

Assim, a assunção da atividade de decisão a respeito de determinada conduta estar, ou não, abrangida pelas imunidades parlamentares, após a definição legal, ou mesmo constitucional, de quais seriam essas ocasiões, não foge da atividade típica do Poder Judiciário, sempre na defesa do cidadão.

Já, com relação à inviolability, a conclusão assente no presente trabalho, diz com a ausência de necessidade de manutenção desta imunidade, ou, ao menos, o exame, dos casos previstos em lei, ou normas outras, também pelo Poder Judiciário, sob pena de afastamento de exame técnico, redundando em avaliação política que, em última análise, poderá resultar, inclusive, em prejuízos ao próprio parlamento.

Contudo, e se afastada, de forma plena, a inviolability, a conclusão a que se chega é a de que, tendo em vista a previsão constitucional, principalmente, e em constituições rígidas, de direitos e garantias individuais, além de princípios como do devido processo legal, da ampla defesa, da liberdade de expressão, do contraditório e da legalidade, entre outros, e não se estará, desde logo, vislumbrando a existência de flagrante prejuízo ao desempenho das atividades parlamentares.

Assim, em uma democracia tida como estável, na qual as garantias e direitos individuais, normalmente previstas na Constituição de cada uma delas, equivalem, em forma e conteúdo, às imunidades parlamentares, estas, quando sobejam as previsões em relação aqueles, perdem legitimidade por transparecerem privilégios desnecessários.

281 FERRAJOLI, Luigi. **Jueces y política**. *Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*. Universidad de Camerino. p. 64. <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/1333/DyL-1999-IV-7-Ferrajoli.pdf?sequence=1>

De outro lado, paradoxalmente, em eventuais regimes ditatoriais, ou com democracias fragilizadas, por razões diversas, mas conhecidas, os parlamentares são equiparados a cidadãos comuns, ambos, nessas condições, exigindo e não recebendo qualquer tratamento seguro no exercício, tanto da cidadania quando das atividades parlamentares, propriamente ditas, a demonstrar que, também nessas situações de exceção, a inviolability também pouca eficácia possui.

Assim, e por mais tais razões, clara se me apresenta a necessidade de fixação, como essência justificadora, da conexão clara e precisa, ainda que decorrente da necessidade de exame prévio, do ato praticado por parlamentar com aquela sua função parlamentar decorrente de acordo feito com o eleitor, que o legitimou a atuar no parlamento e a ser detentor de garantias para o desempenho de atividade representativa, tanto para a garantia do desempenho destas da forma mais independente possível, e assim atendendo aos interesses do parlamento, quanto para impedir que as imunidades parlamentares se tornem um manto a encobrir atividades vinculadas ao parlamento, mas desconexas das atividades deste, de caráter criminoso e não republicano.

Ainda que possa parecer vago tal posicionamento, entendo-o como o mais seguro no enfrentamento das questões pertinentes às imunidades parlamentares por, para além de demonstrarem sua necessidade, não deixarem fixados, desde logo, parâmetros extensos em demasia a autorizarem condutas criminosas, com as aqui enfrentadas, em sentido absolutamente contrário ao que se destinava o instituto das imunidades parlamentares.

Referências bibliográficas

1. Ação cautelar nº 4039, Rel. Min. Teori Zavascki. Supremo Tribunal Federal. In <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4892330>
2. ALLEN, Marília Crespo. **Workingpaper, parliamentary immunity in the members states of the European Union and in the European Parliament**, Legal Affairs Series. W 8. Publisher: European Parliament. L-2929 Luxemburg, 1999
3. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 390, Distrito Federal. Rel: Min. Teori Zavascki. Reqte.:PSB. Into.:Presidente da República in file:///C:/Users/artech/Downloads/texto_309055378.pdf
4. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, Editora Saraiva. São Paulo, 2000.
5. BENTINCK, Marc e outros. **Non-liable? Inviolable? Untouchable? THE CHALLENGE OF PARLIAMENTARY IMMUNITIES**. An Overview. Publisher: Dick Toornstra . European Parliament – OPPD, 2012.
6. BERKHOUT, 2009
7. BETTIOL, Giuseppe apud OLIVEIRA, Eugênio Pacelli e FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal**. 2ª edição. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2011
8. BRANDÃO, Nuno. **Justificação e desculpa por obediência em direito penal**. Coimbra Editora. Coimbra. 2006.
9. CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 4ª Edição. Volume II. Lisboa. Coimbra, 2010.
10. Caso nº 12.263 do relatório nº 38/07 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Organização dos Estados Americanos.
11. Caso Agee v. The United Kingdom, Commission Decision of 17 December 1976, App. No. 7729/76;
12. Caso Albert Wagner v Jean Fohrmann and Antoine Krier, 1964. Reino Unido.
13. Caso Aldo Patriciello, CJEU 6 September 2011.

14. Caso Alfonso Luigi Marra v. Eduardo de Gregorio and Antonio Clemente (preliminary ruling), CJEU 21 October 2008.
15. Caso A. v. The United Kingdom, ECHR 17 December 2002, App. No. 35373/97
16. caso Castells v. Spain, ECHR 23 April 1992, App. No. 11798/85.
17. Caso Cordova v. Italy. European Court of Human Rights. Application nº 40877/98. Strasbourg. 30 January 2003.
18. caso Féret v. Belgium, ECHR 16 July 2009, App. No. 15615/07.
19. caso Keller v. Hungary, ECHR 4 April 2006, App. No. 33352/02.
20. caso Öllinger v. Áustria, ECHR 13 May 2004, App. No. 74245/01.
21. Caso Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet
22. caso Roger Wybot v Edgar Faure and others.1986. Reino Unido.
23. caso X v. Áustria, Comissão Decision of 6 February 1969, App. No. 3374/76;
24. SCHMITT, CARL. **TEORIA DA CONSTITUIÇÃO**, IN [HTTPS://PT.SCRIBD.COM/DOC/103272513/TEORIA-DA-CONSTITUICAO-CARL-SCHMITT](https://pt.scribd.com/doc/103272513/TEORIA-DA-CONSTITUICAO-CARL-SCHMITT)
25. CHAFETZ, 2007.
26. Constituição Federal Portuguesa.
27. Constituição da República Federativa do Brasil
28. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969).
29. DE ASÚA, D. Luis Jimenez. **La teoría jurídica del delito**. Discurso leído en la solemne inauguración del curso académico de 1931 a 1932. Imprenta Colonial, Estrada Hermanos. Madrid. 1931.
30. Defamation Act 1996. Reino Unido.
31. DE LAURENTIS, Roberto Dias Lucas. **Imunidades parlamentares e abusos de direitos (uma análise da jurisprudência do STF)**. In <http://www.revistaliberdades.org.br/site/home/home.php>
32. DELITALA apud OLIVEIRA, Eugênio Pacelli e FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal**. 2ª edição. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2011
33. DIEZ-Picazzo apud Pedro Lomba. **Teoria da responsabilidade política**. Coimbra Editora. 2008

34. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do garantismo penal.** 39ª ed. Editora RT.
35. FERRAJOLI, Luigi. **Jueces y politica. Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas.** Universidad de Camerino. p. 64. <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/1333/DyL-1999-IV-7-Ferrajoli.pdf?sequence=1>
36. FLETCHER, George P. **Conceptos basicos de derecho penal.** Ed. Tirant lo Blanch. València, 1997.
37. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições. A nova parte geral.** Forense, 8ª ed. Rio, 1985
38. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade.** (http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo41.pdf)
39. GOMES, Carla Amado. **As imunidades parlamentares no direito português.** 1ª Edição. Lisboa. Coimbra, 1998.
40. GOMES, Carla Amado. **De novo sobre as imunidades parlamentares.** Textos dispersos de Direito Constitucional. Almedina. Lisboa, 2011.
41. GOMES, Carla Amado. **Por uma menor impunidade dos parlamentares.** Textos dispersos de Direito Constitucional. Almedina. Lisboa, 2011.
42. GOMES, Carla Amado. **Constituição, Prisão preventiva e inviolabilidade dos deputados: do dito e não dito.** Textos dispersos de Direito Constitucional. Almedina. Lisboa, 2011.
43. GOMES, Enéias Xavier. Da crítica de Hans Kelsen às imunidades parlamentares. In <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1132/R%20DJ%20critica%20Kelsiana%20-%20Eneias%20Xavier.pdf?sequence=1>
44. Group of States against Corruption – GRECO. Council of Europe. Fourth Evaluation Round. Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors. Evaluation report Portugal. Adopted by GRECO at its 70th Plenary Meeting (Strasbourg, 30 November – 4 December 2015).
45. HARDT, Sascha. Parliamentary immunity. **A comprehensive study of the systems of parliamentary immunity of the United Kingdom, France, and the Netherlands in a european context.** Intersentia Ltd. Trinity House. Cambridge Business Park. United Kingdom. 2013.
46. HARMS, op. Cit. p. 91, and HERNANDEZ, op. Cit. p.321 apud ALLEN, Marília Crespo
47. HUNGRIA, Nelson apud BOSCHI, José Antônio Paganella. Ação Penal. Denúncia, queixa e aditamento. Editora AIDE. Rio de Janeiro, 1993.
48. JEUNIAUX, op. Cit., p.180, and HERNANDEZ, SENes apud ALLEN, Marília Crespo

49. Kloth, M, 2010

50. LOCKE, Jonh apud WIGLEY, Simon. **Parliamentary immunity: protecting democracy or protecting corruption?** The journal of Political Philosophy: Vol. 11, Nº 1, Turkey, 2003.

51. LOMBA, Pedro. **Teoria da responsabilidade política**. Coimbra Editora. 2008

52. MARQUES, Frederico apud BOSCHI, José Antônio Paganella. Ação Penal. Denúncia, queixa e aditamento. Editora AIDE. Rio de Janeiro, 1993.

53. MARQUES, José Frederico. **Curso de Direito Penal**. Editora Forense. Vol. III, pág. 32.

54. McKAY et al. 2004

55. MIRANDA, Jorge. **Imunidades constitucionais e crimes de responsabilidade**. Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Volume XV, tomo 2. Lisboa: SEPARATA, 2001.

56. MORREISSEY, Siobhan. **In Report Information from ProQuest**. ABA Journal, vol. 87, Mar/2001. Chicago, USA.

57. NEVES, Antônio Castanheira. **Questão de fato – questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade. Ensaio de uma reposição crítica**. Livraria Almedina. Coimbra. 1967.

58. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli e FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal**. 2ª edição. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2011

59. ÖZBUDUN, Ergun. **Constitutional debates on parliamentary inviolability in Turkey**. European Constitutional Law Review, Bilkent University, Turkey, 1: 272–280, 2005.

60. PALMA, Maria Fernanda. **A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos. Vol. 2**. Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.

61. PALMA, Maria Fernanda. **O princípio da desculpa em Direito Penal**. Editora Almedina S.A. Coimbra. Maio de 2005.

62. PHILIP, Mark apud WIGLEY, Simon. **Parliamentary immunity: protecting democracy or protecting corruption?** The journal of Political Philosophy: Vol. 11, Nº 1, Turkey, 2003.

63. PHILIPS, Hood et al. 2001

64. PITKIN, Hannah apud WIGLEY, Simon. **Parliamentary immunity: protecting democracy or protecting corruption?** The journal of Political Philosophy: Vol. 11, Nº 1, Turkey, 2003.

65. Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities, March 2014, CDL-AD(2014)011.
66. RIPOLLES, José Luis Díez. **La categoría de la antijuridicidad em el derecho penal**. Segunda edición. Editorial Ibdef. Montevideo/Buenos Aires. 2011.
67. RIVERA-LEÓN, Mauro Arturo. **Inmunidad Parlamentaria en México: un análisis crítico del fuero constitucional**. Universidad de La Sabana. Vol. 21. N° 1. Chia, Colombia. 2012.
68. ROMEIRO, Jorge Alberto. **Da ação penal**. 2ª ed., Forense, Rio. 1978.
69. SÉGUR, Philippe, **Qu'es-ce que la responsabilite politique**, 1607 apud LOMBA, Pedro. **Teoria da responsabilidade política**. Coimbra Editora. 2008
80. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. Editora Saraiva. São Paulo, 2014.
81. VAN DER HULST, 2000.
82. WHELAN, James R. **Putting the pinch on Pinochet**. Pro Quest Social Sciences Premium Collection, 1999
83. WIGLEY, Simon. **Parliamentary immunity in democratizing countries: the case of Turkey**. Human Rights Quarterly. 2009.
84. WIGLEY, Simon. **Parliamentary immunity: protecting democracy or protecting corruption?** The journal of Political Philosophy: Vol. 11, N° 1, Turkey, 2003.
85. WITTKE, 1970